Lane Medical Library

STANFORD 15 1930

Die vertraglichen Beziehungen der Ärzte zu Krankenkassen und Kassenmitgliedern

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen juristischen Fakultät zu Heidelberg

vorgelegt von

Wilhelm Stachelhaus
Referendar in Mannheim

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA40153311_0142

Referent: PROF. DR. WILHELM GROH
ord. Professor der Rechtswissenschaften in Heidelberg

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung

I. Kapitel: Allgemeine Einführung 3
II. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung 4
III. Arzt- und Zulassungssystem 8
IV. Kapitel: Form und Inhalt eines Kassenarztvertrages 11

Hauptteil

A. Allgemeiner Teil. Das rechtliche Wesen eines Kassenarztvertrages.

I. Kapitel: Abgrenzung 13
II. Kapitel: Das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Krankenkasse . 14
1. Teil: Der Kassenarztvertrag ein Vorvertrag? 14
2. Teil: Der Kassenarztvertrag als Arbeitsvertrag 19
3. Teil: Ist der Kassenarztvertrag Dienstvertrag oder Werkvertrag? 19
4. Teil: Der Kassenarztvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag . . 24
III. Kapitel: Das Rechtsverhältnis zwischen Kassenarzt und Kassenmitglied 29
1. Teil: Der Kassenarztvertrag als Vertrag auf Leistung an Dritte 29
2. Teil: Die Berechtigung des Dritten 30
3. Teil: Entstehungszeit und Umfang des Rechtes des Dritten . 34
a) Die Bestimmtheit des Dritten 34
b) Die Leistungspflicht des Verpflichteten 36
c) Ergebnis 39
4. Teil: Die Unwiderruflichkeit des Rechtes des Dritten 42
5. Teil: Die Rechtsstellung des Arztes in dem Vertrag auf Leistung an einen Dritten 42
a) Die Bedeutung der Leistung an Dritte für die Rechtsstellung des Arztes 42
b) Die Rechtsstellung des Arztes dem Kassenmitglied gegenüber 44
c) Haftet die Kasse dem Arzt gegenüber für Verschulden des Kassenmitgliedes? 45
6. Teil: Die Rechtsstellung der Angehörigen eines Kassenmitgliedes 47
7. Teil: Schrifttum zur Frage des Verhältnisses zwischen Arzt und Kassenmitglied 48
IV. Kapitel: Zusammenfassung 50

Anhang zum Allgemeinen Teil.

1. Die Rechtsstellung des in einem Ambulatorium angestellten Arztes 50
2. Die Rechtsstellung des Vertrauensarztes 51

B. Besonderer Teil.

I. Kapitel: Zustandekommen und Beendigung eines Kassenarztvertrages 52
1. Teil: Vorbemerkung 52
a) Kassenarztvertrag und Arbeitsrecht 52
b) Berliner Abkommen und RVO 53
2. Teil: Der Kollektivvertrag zwischen Aerzten und Krankenkassen 56

a) Der Kollektivvertrag als Normenvertrag 56
b) Wirkungen auf die mittelbar Beteiligten 57
3. Teil: Bedingungen für das Zustandekommen eines Kassenarztvertrages 63
a) Schriftlichkeit 63
b) Die Mitwirkung des Vertragsausschusses 65
α) Die Zuständigkeit des Vertragsausschusses 65
β) Die Funktionen des Vertragsausschusses 67
c) Die Mitwirkung des Schiedsamtes 68
α) Die Zuständigkeit des Schiedsamtes 68
β) Die Funktionen des Schiedsamtes 69
d) Die Zulassung zur Kassenpraxis 70
e) Positive und negative Vereinigungsfreiheit 71
4. Teil: Die Kündigung eines Kassenarztvertrages 72
a) Rechtliche Möglichkeiten der Kündigung 72
b) Rechtliche Beschränkungen der Kündigung 73
α) Für beide Vertragspartner 73
β) Für die Kasse insbesondere 76
5. Teil: Die Vertragsfreiheit beim Abschlusse eines Kassenarztvertrages 77
II. Kapitel: Rechte und Pflichten, die sich aus dem rechtlichen Wesen des Kassenarztvertrages ergeben 78
Vorbemerkung: Vertrag und Gesetz als Rechtsquellen 78
1. Teil: Pflichten des Arztes 78
a) Die ärztliche Leistungspflicht im allgemeinen 78
b) Hat der Kassenarzt eine „Treupflicht"? 79
c) Die Pflicht zur Unterlassung einer dem Zweck der versproehenen Leistung zuwiderlaufenden Tätigkeit 79
d) Hat der Kassenarzt eine Unterordnungspflicht? 80
α) Der Kasse gegenüber 80
β) Dem Kassenpatienten gegenüber 81
e) Die Pflicht zur Abweichung von der Dienstanweisung; Anzeigepflicht 81
f) Die Pflicht zur Leistung in Person. Vertretung, Hilfspersonen und Haftung für diese 82
g) Hat der Kassenarzt die Pflicht, überwiesene auswärtige Kassenmitglieder zu behandeln? 84
h) Umfaßt die Verpflichtung des Kassenarztes auch die Behandlung neu in den Kreis der Versicherungspflichtigen aufgenommener Personen? 85
i) Die Anzeigepflicht bei Ablehnung eines Auftrages 85
k) Die Rechenschafts- und Schweigepflicht 86
2. Teil: Pflichten der Krankenkasse 87
a) Die Vergütungspflicht 87
α) Unmittelbare und mittelbare Bezahlungsweise 87
β) Die Rechtslage bei einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft als Verrechnungsstelle 88
γ) Die Rechtslage bei einem rechtsfähigen Verein als Verrechnungsstelle 88
δ) Worin besteht die Leistung der Krankenkasse bei mittelbarer Bezahlung? 89
b) Hat die Krankenkasse eine Beschäftigungspflicht? 89
c) Hat die Kasse Pflichten aus § 618 BGB? 91

d) Hat die Kasse eine Pflicht zu Vorschußleistung und Aufwendungsersatz? 92
III. Kapitel: Rechtsbeziehungen zwischen Aerzten, Kassen und Kassenmitgliedern außerhalb eines Kassenarztvertrages 92
1. Teil: Die Rechtsansprüche eines Nichtkassenarztes aus der Behandlung von Kassenmitgliedern 92
a) Die grundsätzliche Nichtberechtigung eines Nichtkassenarztes der Kasse gegenüber 92
b) Der Rechtsgrund des Honoraranspruchs eines Nichtkassenarztes in „einem dringenden Falle“ 93
c) Die Höhe des Anspruchs des Nichtkassenarztes in „einem dringenden Falle“ 95
2. Teil: Die Zulässigkeit von Nebenabreden zwischen Kassenarzt und Kassenpatient 96
3. Teil: Die Rechtslage bei Irrtum über die Eigenschaft eines Patienten als Kassenmitglied 97
a) Bei irrtümlicher Annahme der Kassenmitgliedschaft 97
b) Bei irrtümlicher N i c h t annahme der Kassenmitgliedschaft 97
Schluß 98

Literaturverzeichnis.

a) Bücher und Dissertationen:

Anschütz: „Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919". 5. Aufl. Berlin 1926.

Cosack: „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts". 6. Aufl. 1913.

Ebermayer: „Arzt und Patient in der Rechtsprechung". Berlin 1925.

Enneccerus (Kipp u. Wolf): „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 18.—22. Aufl. 1923.

Flatow u. Joachim: „Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz". 1. Aufl. Berlin 1928.

Flügge: „Das Recht des Arztes". Berlin und Wien 1903.

Full: „Die Rechtsansprüche der Arztes aus der Arbeiterversicherung". Diss. Jena 1912.

Groh: „Koalitionsrecht". In Abhandlungen zum Arbeitsrecht von Kaskel und Sitzler, 3. Heft, Mannheim 1923.

Hachenburg: „Dienstvertrag und Werkvertrag". Mannheim 1928.

Hegener: „Das Vertragsrecht des Arztes". Diss. Berlin 1925.

Hellwig: I. „Die Verträge auf Leistung an Dritte". Leipzig 1899.

— II. „Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben". Leipzig 1905.

Hueck: „Normen-Verträge". In Jherings Jahrbuch B. 73.

Joachim-Korn: „Der Arzt in der RVO. Seine Rechte und Pflichten. Jena 1912.

Israel: „Ueber den Honoraranspruch des Arztes". Marburger Diss. Kassel 1912.

Kaskel: „Arbeitsrecht". In der Encyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften. Bd. XXXI. Berlin 1925.

Krug von Nidda: „Aerzte und Krankenkassen". Mainz 1926.

Lehmann: „Aerzte und Krankenkassen". Berlin 1927.

Lotmar: „Das Recht des Arbeitsvertrages". Bd. I (1902) und Bd. II (1908).

Martincourt, de: „Die rechtliche Stellung der Aerzte, Apotheker, Kranken- und Heilanstalten". Nach der RVO. Diss. Berlin 1913.

Meyer: „Das ärztliche Vertragsverhältnis". Berlin 1905.

Minnigerode, v.: „§ 675 im BGB und der Begriff der Geschäftsbesorgung". Marburger Diss. 1907.

Nikisch: „Die Grundformen des Arbeitsvertrags". Berlin 1926.

Planck: „Kommentar zum BGB". Bd. I und II. 4. Auflage 1913.

Reichsgerichtsräte: „Kommentar der Reichsgerichtsräte" (zit. KRGR). 6. Aufl. Berlin 1928. Bd. I und II.

Richter, Lutz: I. „Die Einrichtungen der kassenärztlichen Selbstverwaltung". In der Festschr. der Leipz. jur. Fakultät f. Viktor Ehrenberg zum 30. 3. 1926.

— II. und III. s. Aufsätze.

Richter, Lutz-Sonnenberg: „Die kassenärztlichen Rechtsverhältnisse". Leipzig 1926.

Staub (Koenige, Pinner, Bondi): „Kommentar zum HGB". 12./13. Aufl. Berlin und Leipzig 1927.

Staudinger: „Das bürgerl. Gesetzbuch, Kommentar". 7.—11. Aufl. 1913.

Teufel: „Der Arztvertrag". Tübinger Diss. 1919.
Warneyer: „Kommentar zum BGB". Tübingen 1923.

b) Verzeichnis der mehrfach zitierten Zeitschriftenaufsätze.

Bischofswerder: I. „Die fristlose Kündigung des Kassenarztvertrages gemäß § 626 BGB". Monatsschrift für Arbeiter- und Angestellten-Versicherung 1927. S. 269 (zit. M.).
— II. Aerzteschaft und Arbeitsgerichtsgesetz. Aerztliches Vereinsblatt 1927. S. 121 (Beil. der Aerztlichen Mitteilungen) (diese zit. AEM.).
Heinemann: I. „Die Rechtsstellung des Kassenarztes". Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zit. LZ.) 1925, Spalte 244.
— II. „Die Regelung des Kassenarztvertrages". Leipziger Zeitschrift für Deutsche sRecht. 1925, Spalte 1038.
— III. „Das Streikrecht des Kassenarztes". Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung (M) 1926, S. 23.
— IV. „Kündigung eines Kassenarztvertrages". „Die Betriebskrankenkasse". 1926. S. 26.
— V. „Der kassenärztliche Gesamtvertrag". „Die Betriebskrankenkasse". 1926. S. 217.
Jacobi: „Die Rechtsgültigkeit eines Kollektivvertrages zwischen Krankenkassen und Aerzten über beschränkte Zulassung zur Kassenpraxis trotz Widerspruchs zu den Richtlinien des Reichsausschusses für Aerzte und Krankenkassen. Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung (M) 1926, Spalte 129.
Kühne: „Die Rechtsprechung des Reichsschiedsamtes in Kollektivstreitigkeiten". Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung (M) 1927, Spalte 163.
Okraß: „Die Zulassung zur Kassenpraxis". Deutsche Krankenkasse (zit. DK) 1925, S. 574.
Potthoff: „Die Rechtsstellung des Kassenarztes". Aerztliche Mitteilungen (AEM) 1926, S. 368.
Reinhard: „Die Rechtsstellung des Kassenarztes". Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung (M) 1926, S. 542.
Thiersch: „§ 626 BGB und die Ausführungsbestimmungen vom 14. November 1924 zur Verordnung über Aerzte und Krankenkassen vom 30. Oktober 1923". Aerztliche Mitteilungen 1925, S. 305.

Abkürzungen.

Ae. M. = Zeitschrift „ Aerztliche Mitteilungen".
AN = „Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamts".
AV = Zeitschrift „Die Arbeiterversorgung".
BA = „Berliner Abkommen".
BK = Zeitschrift „Die Betriebskrankenkasse".
DK = Zeitschrift „Deutsche Krankenkasse".
ERSchA = „Entscheidung des Reichsschiedsamtes".
KV = Zeitschrift „Die Krankenversicherung".
KAV = „Kassenarztvertrag".
KM = „Kassenmitglied".
LZ = „Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht".
M = „Monatsschrift für Arbeiter- und Angestelltenversicherung".
RA = „Reichsausschuß für Aerzte und Krankenkassen".
RAM = „Reichsarbeitsminister".
RGE = „Reichsgerichtsentscheidung".
RSchA = „Reichsschiedsamt".
RVA = „Reichsversicherungsamt".
RVF = „Reichsverfassung".
RVO = „Reichsversicherungsordnung".
VA = „Vertragsausschuß".
VLD = „Vertrag auf Leistung an Dritte".

Die vertraglichen Beziehungen der Ärzte zu Krankenkaſſen und Kaſſenmitgliedern

Einleitung.

I. Kapitel: Allgemeine Einführung.

Die ärztliche Versorgung eines großen, wenn nicht des größten Teiles des deutschen Volkes wird heute durch die Krankenkassen geregelt. Das Vertrags-Verhältnis zwischen Krankenkassen und Aerzten ist damit zu einer außerordentlichen Bedeutung gelangt.

Während der öffentlich-rechtliche Charakter der Krankenversicherung zwar dazu geführt hat, daß auch der Arzt in mancherlei Hinsicht in die Sphäre des öffentlichen Rechts hineingezogen wurde, ist doch die rechtliche Brücke, die Kasse und Aerzte verbindet, ein rein privatrechtlicher Vertrag. Dieser privatrechtliche Vertrag stellt in gleichem Maße, wie er aus einer völligen Neuschöpfung auf sozialpolitischem Gebiete hervorgeht, eine rechtliche Neuerung von besonderer Eigenart dar. Er ist in dieser Eigenart dadurch bedingt, daß Versprechensempfänger und Leistungsempfänger verschiedene Personen sind. Der Kassenarztvertrag hat daher vom Standpunkt aller Beteiligten aus Rechtsbeziehungen mit je zwei verschiedenen Rechtssubjekten teils zur Voraussetzung, teils zur Folge.

Die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Versicherten, die dem öffentlichen Recht angehören, scheiden von unserer Betrachtung aus, soweit nicht in einzelnen Fällen aus ihnen Folgerungen für die hier zu untersuchenden Rechtsbeziehungen zu ziehen sind.

Während sowohl das dem öffentlichen Recht angehörende Versicherungsrecht und damit auch das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Versicherten, als auch das privatrechtliche Verhältnis zwischen Aerzten und Privatpersonen, schon vielfach rechtlich bearbeitet und geklärt worden ist, mangelt es bisher an einer einheitlichen, zusammenfassenden Darstellung der privatrechtlichen Beziehungen zwischen Aerzten einerseits, Krankenkassen und Kassenmitgliedern andererseits. Dieser Mangel macht sich dadurch besonders fühlbar, daß irgendwelche gesetzlichen Sondervorschriften für den Inhalt der privaten Rechtsbeziehungen zwischen Aerzten und Kassen nicht bestehen. Es bedarf einer systematischen Eingliederung des Kassenarztvertrages in das bestehende Rechtssystem. Daß diese Aufgabe nicht schon früher in Angriff genommen worden ist, hat seinen Grund einerseits darin, daß erst seit wenigen Jahren eine solche Stabilisierung und Normierung des Vertragsrechts zwischen Aerzten und Kassen eingetreten ist, daß es einer einheitlichen Betrachtung unterzogen werden kann, und andererseits wohl auch darin, daß infolge der

ausgedehnten Schiedsgerichtsbarkeit im Verhältnis zwischen Aerzten und Kassen verhältnismäßig selten ein Rechtsstreit dieser Art zur Entscheidung der ordentlichen Gerichte gelangt.

Doch abgesehen davon, daß die materiell-rechtliche Lage und die praktische Bedeutung des Rechtsverhältnisses selbst von der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte unabhängig ist, ist in der Regel sowohl für vermögensrechtliche Ansprüche der Rechtsweg offen gelassen, als auch die Auswirkung eines Kassenarztvertrages, über die unmittelbaren Beziehungen von Aerzten und Krankenhinaus, von solcher praktischen Bedeutung, daß das Recht der Kassenärzte keineswegs verdient, in der Rechtswissenschaft eine Aschenbrödelrolle zu spielen.

Zur Abgrenzung des Themas sei darauf hingewiesen, daß die gesamten Ausführungen für das Vertragsverhältnis zwischen Krankenkassen und **Zahnärzten** keine Gültigkeit haben, da die Zahnärzte nicht nur in der Reichsversicherungsordnung einer Sonderbehandlung unterworfen (RVO § 374), sondern auch in die gesamte Entwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen Aerzten und Kassen, von denen hier ausgegangen ist, nicht einbezogen sind.

II. Kapitel: Geschichtliche Entwicklung.

Auf dem Gebiete des Aerzterechtes machte sich das heraufziehende Zeitalter des sozialen Zusammenschlusses zum ersten Male durch das „Hilfskassengesetz" vom 7. April 1876 der breiten Oeffentlichkeit bemerkbar. Dies Gesetz schuf die Möglichkeit einer Sicherstellung der ärztlichen Versorgung für die armen Bevölkerungsschichten durch freiwillige Versicherung. Damit entstanden als erste Krankenkassen, die „Hilfskassen". Da diese zur Gewährung ärztlicher Hilfe „in natura" nicht verpflichtet waren, sondern ihrer Hilfspflicht im Krankheitsfalle durch Gewährung von Geldzuschüssen Genüge tun konnten, waren sie auch nicht darauf angewiesen, mit Aerzten Verträge zur Sicherstellung der Krankenversorgung für ihre Mitglieder abzuschließen[1]. Soweit aber solche Verträge mit Aerzten abgeschlossen wurden, unterliegen sie der gleichen rechtlichen Beurteilung wie die seit dieser Zeit und auch heute üblichen Verträge zwischen Aerzten und Krankenkassen, abgesehen natürlich von dem, was im einzelnen durch gesetzgeberische Neuerung geändert wurde. Irgendeine gesetzliche Regelung des Verhältnisses zwischen Aerzten und Krankenkassen in privatrechtlicher Hinsicht bestand ebensowenig wie heute. Die ganze nachfolgende Gesetzgebung hat sich darauf beschränkt, die öffentlich-rechtliche Seite des Rechtes der Kassenärzte zu behandeln und hat dadurch nur mittelbar auf die privatrechtliche Gestaltung dieser Rechtsbeziehung eingewirkt.

In dieser Hinsicht ist zunächst das Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 von besonderer Bedeutung. Es brachte den allgemeinen Versicherungszwang und dazu den Zwang zur

[1] Vgl. De Martincourt a. a. O. S. 4.

Gewährung der ärztlichen Leistung „in natura", d. h. durch Gestellung eines Arztes, nicht durch Geldleistung. Damit war die eigenartige Grundlage für die Rechtsbeziehungen zwischen Aerzten und Krankenkassen gegeben, die den Stoff zu den Konflikten lieferte, die die Geschichte des Kassenarztrechts in reichlichem Maße aufzuweisen hat. Die öffentlich-rechtliche Pflicht der Kassen, Verträge mit Aerzten abzuschließen, die sich naturnotwendig aus der Pflicht zur Gewährung der ärztlichen Leistung „in natura" ergab, mußte bald in Gegensatz kommen mit dem Rechte der Aerzteschaft auf Vertrags- und Kurierfreiheit und dem von ihr erhobenen Anspruch auf Beteiligung sämtlicher Aerzte an der Versorgung der Versicherten.

Die Novelle zum Krankenversicherungsgesetz vom 10. April 1892 mußte bereits auf dem Wege der Gesetzgebung eine Streitfrage zur vorläufigen Entscheidung bringen, die sich aus der Eigentümlichkeit der Krankenversicherung als einer öffentlichen Zwangseinrichtung ergeben hat. Es handelt sich um die Frage, ob die Kassen berechtigt sind, die ärztliche Behandlung nur durch bestimmte Aerzte zu gewähren ,oder ob sie zufolge ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung verpflichtet sind, alle Aerzte zur Kassenpraxis zuzulassen. Die Novelle entschied für Zulässigkeit der Beschränkung auf einzelne Aerzte und gab damit der Kasse eine Rechtsstellung, die in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung zu einer Herausforderung der Aerzteschaft zu kollektivem Zusammenschluß werden mußte.

Gleichzeitig bestimmte diese Novelle, daß die Freiheit von der Zwangsversicherung bei Zugehörigkeit zu einer Hilfskasse nur dann eintrete, wenn diese Hilfskasse die ärztliche Behandlung in natura gewährt. Damit war die Vermittlerrolle, die die Kasse zwischen Zwangsversicherten und Aerzten zu spielen bestimmt war, endgültig unumgänglich geworden[2].

Die Form, in der in den ersten zwei Jahrzehnten die Verträge zwischen Aerzten und Krankenkassen abgeschlossen wurden, war fast ausnahmslos die des Individualvertrages zwischen einer Kasse und einem Arzt[3]. Die Bezahlung der Aerzte erfolgte zumeist durch ein festes Jahresgehalt. Die Kasse bestimmte frei über die Zulassung. Irgendein Anspruch auf Zulassung bestand nicht. Aus Sparsamkeitsgründen wurden erklärlicher Weise möglichst wenig Aerzte angestellt. Soweit den Kassenmitgliedern zwischen den angestellten Aerzten die Wahl gelassen wurde, war sie demgemäß natürlich nicht groß.

Als die ursprünglich unbedeutenden und von den Aerzten wenig umworbenen Kassen durch die Ausdehnung der Versicherungspflicht auf immer höhere Lohnklassen und durch den zunehmenden Gebrauch der freiwilligen Versicherung mehr und mehr an Bedeutung gewannen, traten die anfänglich in der Tiefe

---

[2] Vgl. De Martincourt a. a. O. S. 4/5.

[3] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 8.

verborgenen Konfliktsgründe an die Oberfläche. Das Recht der Kassen, nach freiem Gutdünken nur die notwendigste Anzahl von Aerzten zur Versorgung ihrer Mitglieder heranzuziehen, schaffte ihnen allmählich eine sowohl dem gesamten Aerztestand unerträgliche, als auch dem Interesse der Versicherten wenig förderliche Monopolstellung. So drängte die Entwickelung die Aerzteschaft immer mehr zum Zusammenschluß, der im Jahre 1910 in Gestalt des „Verbandes der Aerzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen" (Leipziger Verband, Hartmannbund) auf den Plan trat.

Der Leipziger Verband setzte sich zum Ziele, durch den Zusammenschluß einerseits dem Willen der Aerzte auf Einführung der freien Arztwahl (unbeschränkten Zulassung) zur gesetzlichen Anerkennung zu verhelfen, und andererseits auf dem Wege der Selbsthilfe zunächst durch kollektive Einwirkung auf die Gestaltung der Arztverträge, später durch Ablösung der Individualverträge durch den Kollektivvertrag, die Monopolstellung der Kassen zu bekämpfen.

Während es der Aerzteschaft auf diesem Wege tatsächlich gelungen ist, sich den Kassen gegenüber als Stand zu behaupten und den Kollektivvertrag zur allgemeinen Einführung zu bringen, waren ihre Bemühungen, den Gesetzgeber zu einem vom ärztlichen Standpunkt aus erträglichen Ordnung der privaten Rechtsverhältnisse zwischen Aerzten und Kassen, insbesondere zur Festlegung der freien Arztwahl (unbeschränkten Zulassung) zu veranlassen, nicht von Erfolg.

Anläßlich der Beratung der Reichsversicherungsordnung kam es zu scharfen Auseinandersetzungen. Keiner der Entwürfe konnte die Aerzte befriedigen. Ein von ärztlicher Seite eingereichter Gegenentwurf verfiel der Ablehnung. Das auf 1. Januar 1914 bevorstehende Inkrafttreten der vom ärztlichen Standpunkt aus gänzlich unbefriedigenden RVO veranlaßte die Aerzte zu dem äußersten Mittel der Streikandrohung zu greifen. Nun gelang es durch Vermittelung der Reichsregierung, die streitenden Parteien an den Verhandlungstisch zu bringen und es kam am 23. Dezember 1913 zum Abschluß des sogenannten „Berliner Abkommens"[5].

Die eigenartige Rechtsgestaltung dieses unter staatlicher Mitwirkung zustandegekommenen und von staatlicher Seite bis zu einem gewissen Grade unter Protektorat genommenen privatrechtlichen Abkommens hat nie eine abschließende rechtliche Würdigung erfahren[6]. Da es heute keine praktische Bedeutung mehr hat, soll auch hier nicht darauf eingegangen werden, zumal es auch auf die eigentliche Gestaltung der privten Rechtsverhältnisse zwischen Aerzten und Krankenkassen nicht eingeht. Immer-

---

[4] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 9 und De Martincourt a. a. O. S. 13.

[5] S. darüber bei Lutz Richter a. a. O. I. S. 89.

[6] Vgl. Lutz Richter a. a. O. I. S. 90.

hin trifft es Bestimmungen, die von großer Wichtigkeit für die privaten Beziehungen zwischen Aerzten und Kassen sind. So wurden insbesondere für die Art des Zustandekommens eines Arztvertrages eine Anzahl Einrichtungen geschaffen, die inzwischen auf dem Wege über die „Verordnung über Aerzte und Krankenkassen" als zwingendes Recht in die RVO übernommen wurden. Vertragsausschuß, Zulassungsausschuß und Schiedsinstanzen finden ihre Vorgänger im Berliner Abkommen. Die Einführung des Kollektivvertrages, analog dem Tarifvertrag des allgemeinen Arbeitsrechtes, wird in die Wege geleitet[7].

Nach Ablauf der zehnjährigen Gültigkeit des Berliner Abkommens, die in die Kriegs- und Inflationszeit fiel, zeigte sich auf keiner Seite Neigung zur Verlängerung. Um einer gesetzlichen Regelung von „oben herab" zuvorzukommen, bildete sich im Sommer 1923 zwischen dem Hartmannbund und dem „Hauptverband deutscher Ortskrankenkassen" eine „Notgemeinschaft", die als Ersatz für das Berliner Abkommen und als Grundlage für eine gesetzliche Regelung dienen sollte[8]. Da erließ die Reichsregierung auf Grund des Ermächtigungsgesetzes vom 13. Oktober 1923 am 30. Oktober 1923 zu gleicher Zeit die „Verordnung über Aerzte und Krankenkassen" und die „Verordnung über Krankenhilfe bei den Krankenkassen", ohne sich an die Vorschläge der Notgemeinschaft zu halten. Die Folge war ein erneutes Aufleben des Streites der Parteien. Von Anfang Dezember 1923 bis Ende Januar 1924 herrschte ein vertragsloser Zustand. Erst nachdem der Reichsausschuß für Aerzte und Krankenkassen, der durch die Verordnung vom 30. Oktober 1923 eingeführt worden war, zusammengetreten war und in nahezu einmonatigen Verhandlungen einstweilige Vereinbarungen getroffen hatte, traten wieder normale Zustände ein.

Die „Verordnung über Aerzte und Krankenkassen", die inzwischen in Gestalt der §§ 368 a—t in die RVO eingefügt wurde, bringt für die Gestaltung des Kassenvertrages nur insofern Neues, als sie durch Schaffung des Reichsausschusses und der Landesausschüsse und deren Ermächtigung zur Aufstellung von Richtlinien, im Zusammenhang mit der Einführung obligatorischer Schiedsinstanzen, die Vertragsfreiheit in erheblichem Maße einschränkt[9].

Soweit die Bestimmungen des Berliner Abkommens nicht übernommen oder ersetzt wurden, wird die Weitergültigkeit des Berliner Abkommens gesetzlich angeordnet[10]. Von besonderer Wichtigkeit ist die in der Ausführungsbestimmung vom 14. De-

---

[7] Ueber die Frage, ob das BA bereits den Kollektivvertrag als die Regel vorausgesetzt hat, oder ob dieser sich erst auf Grund des BA langsam entwickelt hat, herrscht Streit. (S. dazu unten S. 54 ff.)

[8] Vgl. Lutz Richter im „Jahrbuch der Krankenversicherung" 1923 S. 17.

[9] S. unten S. 78 ff.

[10] Meist wird die Ansicht vertreten, daß die VO über Aerzte und Kr-Kassen (jetzt § 368 s. RVO) so auszulegen ist, daß das BA Gesetzeskraft erlangt hat. Vgl. unten S. 75 ff.

zember 1923 zur Verordnung über Aerzte und Krankenkassen ausgesprochene Bestimmung, daß auch im Falle einer Kündigung gemäß § 626 BGB die Aerzte zur Fortsetzung ihrer Tätigkeit und die Kassen zur Annahme und Vergütung der ärztlichen Tätigkeit zu den alten Bedingungen verpflichtet sind, wenn ein Vertrag abgelaufen und ein neuer noch nicht zu Stande gekommen ist[11].

Die „Verordnung über Krankenhilfe bei den Krankenkassen" brachte in ihren ersten drei Paragraphen Bestimmungen, die in ganz besonderem Maße den Unwillen der Aerzte erregten, da sie in ihrer Tendenz, die Aerzte zur Sparsamkeit im Sinne der Kassen zu zwingen, reichlich weit gingen. Diese Bestimmungen sind dann auch anläßlich der Abänderung des 2. Buches der RVO vom 22. Mai 1926 aufgehoben worden. Mit dieser Abänderung der RVO, die lediglich die Einarbeitung der „Verordnung über Aerzte und Krankenkassen", für die Rechtsbeziehung zwischen Aerzten und Kassen aber nichts Neues bringt, ist der gegenwärtige Rechtsstand abgeschlossen.

Trotz der mannigfachen Wandlungen, die das Recht der Kassenärzte in öffentlich-rechtlicher Hinsicht während seiner kurzen Geschichte erlebt hat, ist der eigentliche Kassenarztvertrag (KAV) zwar in seiner Gestaltung beeinflußt, aber in seinem Wesen nicht berührt, geschweige denn in seiner Problematik geklärt worden.

III. Kapitel. Arzt und Zulassungssystem.

Für die Gestaltung der kassenärztlichen Rechtsbeziehungen ist in vieler Hinsicht das im einzelnen Falle bestehende Arztsystem von ausschlaggebender Bedeutung. Nach der Begriffsbestimmung des Reichsausschusses (RA) gibt das Arztsystem an, „in welcher Weise die Aerzteschaft als solche an der ärztlichen Versorgung der Kassenmitglieder beteiligt ist". Diese Beteiligung der Aerzteschaft an der Versorgung der Versicherten ist von zwei verschiedenen Gesichtspunkten aus zu betrachten. Einmal nämlich vom Gesichtspunkt der Aerzteschaft, der es darauf ankommt, wie weit sie an der Versorgung der Kassenmitglieder beteiligt, also zur Kassenpraxis zugelassen wird, und andererseits vom Gesichtspunkt des Versicherten, der danach fragt, wie groß der Kreis von Aerzten ist, zwischen denen er die Wahl hat. Es ist klar, daß die Möglichkeit der Arztwahl in erster Linie von der Zulassung von Aerzten abhängig ist. Eine unbeschränkte Arztwahl setzt eine unbeschränkte Zulassung voraus. Eine beschränkte Zulassung bedingt eine beschränkte Arztwahl. Die Arztwahl kann aber noch besonders beschränkt sein, indem nicht jedem Kassenmitglied (KM) sämtliche zugelassenen Aerzte zur Wahl stehen, sondern nur bestimmte, ihm nach irgend einem Schema zugeteilte oder gar nur ein einziger.

---

[11] Vgl. unten S. 74 ff.

Da man in der Regel eine klare Unterscheidung der beiden Seiten, von denen das Arztsystem zu betrachten ist, unterlassen hat, ist es nicht verwunderlich, wenn in der Literatur eine große Unklarheit über die Begriffsmerkmale der verschiedenen Arztsysteme herrscht und klare, allgemein gültige Begriffe überhaupt nicht geschaffen wurden. Wenn wir zunächst von der primären Seite der Zulassung zur Kassenpraxis ausgehen und danach die Systeme einteilen, so ergeben sich folgende Arten:

a) Das System der unbeschränkten Zulassung (Normativsystem) —, von der anderen Seite betrachtet: System der unbeschränkt freien Arztwahl.

Dieses System besteht in seiner äußersten Konsequenz, in welcher es praktisch kaum je verwirklicht wurde, in der Freigabe sämtlicher Aerzte zur Wahl durch die Kassenmitglieder, was mit einer Zulassung sämtlicher Aerzte zur Kassenpraxis gleichbedeutend ist. Einer besonderen Zulassung bedarf es in diesem Falle nicht. Ein Vertrag zwischen Arzt und Kasse wird nicht geschlossen, es gibt keine eigentlichen Kassenärzte. Die einzelnen Versicherten schliessen in jedem praktischen Falle einen besonderen Vertrag mit einem Arzt, wobei als Vertragsbedingung ausgemacht wird, daß die Bezahlung durch die Krankenkasse zu den üblichen Gebührensätzen der Kasse zu erfolgen hat und daß das Kassenmitglied für die Bezahlung nicht haftet.

Eine vollkommen unbeschränkte freie Arztwahl ist nur für diesen Fall der allgemeinen Zulassung vorhanden. Was man jedoch gemeinhin unter „unbeschränkt freier Arztwahl" versteht, ist das System der zahlenmäßig unbeschränkten Zulassung, das Heinemann[12] sehr treffend „Normativsystem" nennt. Hier muß jeder Arzt zugelassen werden, sofern die allgemeinen, durch Gesetz oder Kollektivvertrag festgelegten Voraussetzungen (Normen) bei ihm erfüllt sind. Es hat also jeder Arzt, gleichgültig, wie groß die Zahl der bereits zugelassenen Aerzte ist, einen Anspruch auf Zulassung.

Die Auswahl der Kassenmitglieder ist dabei, wenn auch auf die bereits zugelassenen Aerzte beschränkt, so doch immer die denkbar größte, da fast alle Aerzte von dem Zulassungsrecht Gebrauch machen.

b) Das System der beschränkten Zulassung, auch „fixiertes Kassenarztsystem"[13], „Zulassungssystem"[14] oder „Kassenarztsystem" genannt, vom Gesichtspunkt der Arztwahl aus, nicht ganz richtiger Weise, als System der „beschränkten freien Arztwahl" bezeichnet, stellt den ausgesprochenen Gegensatz zum Normativsystem dar.

Es besteht keinerlei Anspruch auf Zulassung. Es ist vollkommen in das Belieben der Kassen gestellt, so viele Aerzte zuzu-

[12] Heinemann a. a. O. II S. 1038 ff.
[13] Krug von Nidda a. a. O. S. 25.
[14] Wie Anm. 13.

lassen, wie sie wollen, sofern sie dabei nur ihrer Verpflichtung den Kassenmitgliedern gegenüber nachkommen können.

Bei diesem System ist die Möglichkeit gegeben, daß überhaupt nur ein Arzt angestellt oder zugelassen wird, so daß das Kassenmitglied gar keine andere Wahl mehr hat. Ebenso kann, wenn auch an sich mehrere Aerzte zugelassen sind, dem einzelnen Kassenmitglied nur ein bestimmter von diesen Aerzten zugeteilt sein (§ 369 RVO). Wenn diese Beschränkung auf Grund örtlicher Einteilung in bestimmte Distrikte oder Bezirke vorgenommen wird, so spricht man auch von einem **Distrikts-** oder **Bezirksarztsystem.** Als selbständige Systeme haben diese natürlich neben den anderen keinen Platz. In den beiden letzt genannten Fällen kann auch von einer „beschränkt freien Arztwahl" nicht mehr die Rede sein. Dazu müßte doch zum mindesten noch zwischen zwei Aerzten die Wahl sein.

Durch das Ueberhandnehmen kollektiver Regelung der Kassenarztverträge ist das System der beschränkten Zulassung heute nur noch von geringer praktischer Bedeutung, während es ehemals die Regel gewesen ist.

Was sonst noch an verschiedenen Arztsystemen neben die genannten gestellt wurde und wird, stellt nur Abarten der beiden gegensätzlichen Systeme dar und ist daher unter diese einzugliedern. Als Abart des Systems der beschränkten Zulassung ist das Anstellungssystem zu nennen, das über jenes insofern hinausgeht, als es die ärztliche Hilfe überhaupt nicht mehr durch freitätige Aerzte gewährt, sondern in Behandlungsanstalten, sogenannten „Ambulatorien" durch festangestellte, von der Privatpraxis in der Regel ausgeschlossene Aerzte.

Soweit irgendeiner Bezeichnung des Arztsystems das Wort „organisiert" vorangesetzt wird, z. B. „organisiert freie Arztwahl" oder „beschränkt organisierte freie Arztwahl", so bedeutet dies nichts anderes, als daß das Arztsystem auf Grund eines Kollektivvertrages zwischen der Organisation der Aerzte und der Organisation der Kassen, oder einzelnen Kassen, festgelegt ist.

Ist vertraglich die unbeschränkt freie Zulassung ausbedungen (das Normativsystem), so besteht auch in der Regel die unbeschränkt freie Arztwahl. Man spricht dann vom System der „organisiert freien Arztwahl". Ist im Kollektivvertrag, gemäß den Richtlinien des Reichsausschusses, eine Normalzahl von Aerzten im Verhältnis zur Zahl der Kassenmitglieder festgelegt und die Zulassung der Entscheidung des gemeinsam gebildeten Zulassungsausschusses anheim gestellt, so kann von einem System der „beschränkt organisiert freien Zulassung und Arztwahl" gesprochen werden.

Das Arztsystem ist heute fast ausnahmslos vertraglich festgelegt. Die beiden gegensätzlichen Systeme, wie sie unter a und b geschildert sind, sind sich dabei so sehr angenähert, daß die Unterschiede häufig nur noch in der Art der Entstehung begründet sind.

Die häufige Annahme, der Zusatz „organisiert" bedeute, daß nur solche Aerzte zugelassen werden können, die der vertragsschließenden Organisation angehören, ist irrig[15].

IV. Kapitel: Form und Inhalt eines Kassenarztvertrages.

Unter den historisch begründeten und teilweise noch bestehenden Formen der vertraglichen Bindung zwischen Aerzten und Krankenkassen sind nach den drei Gesichtspunkten

1. der vertragschließenden Partner,
2. des Abhängigkeitsverhältnisses des Arztes von der Kasse, und
3. des Bezahlungssystemes

folgende Grundformen zu unterscheiden:

1. nach den Vertragspartnern
   a) der reine Einzelvertrag (Individualvertrag) zwischen einem Arzt und einer Kasse;
   b) der reine Kollektivvertrag, bei dem die Kasse nur mit der Organisation der Aerzte einen Kollektivvertrag abschließt und auf Abschluß eines Individualvertrags vollkommen verzichtet. Die Aerzteorgansation regelt die Erfüllung der übernommenen Pflichten durch interne Vereinbarungen mit den ihr angehörenden Aerzten. Der Arzt steht also nicht in einem unmittelbaren Vertragsverhältnis mit der Kasse. Es fehlt daher auch die unmittelbare Verantwortlichkeit des einzelnen Arztes der Kasse gegenüber. Auch wenn die Aerztevereinigung eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes bildet, und auf diese Weise die Kasse durch die gesamtschuldnerische Haftung der Aerzte sicher gestellt ist, genügt das System des reinen Kollektivvertrages den Erfordernissen eines Kassenarztvertrages nicht und ist daher, trotz verschiedentlicher Bemühungen der Aerzteschaft, selten zur Anwendung gelangt .
   c) Eine Synthese zwischen Kollektivvertrag und Individualvertrag in Gestalt des auf kollektiv-vertraglicher Grundlage zu Stande gekommenen Einzelvertrages, stellt die praktisch überwiegend eingeführte Lösung dar.
2. Nach dem Abhängigkeitsverhältnis des Arztes von der Kasse.
   a) Die feste Anstellung des Arztes in einer Behandlungsanstalt (Ambulatorium), der Anstellung in einem Krankenhaus vergleichbar.
   b) Die Verpflichtung zu freier ärztlicher Tätigkeit für die Kassenmitglieder in eigenen Räumen und mit eigenen Instrumenten, wenn auch mit Unterwerfung unter gewisse Vorschriften und Richtlinien hinsichtlich des Umfanges der Behandlung.
3. Nach dem Bezahlungssystem.

---

[15] Dies wäre unzulässig. Vgl. unten S. 72 f und Krug von Nidda a. a. O. S. 27.

a) Unmittelbare Bezahlung. Der Arzt erhält von der Kasse unmittelbar seine Vergütung (ohne Zwischenschaltung einer selbständigen Verteilungsstelle) und zwar entweder in Form eines festen Gehaltes (Fixum) oder einer variablen Summe, die sich richtet nach dem Maßstab der Anzahl der behandelten Personen (Bonsystem) oder nach der Anzahl und Art der einzelnen Leistungen (Punktsystem), wobei die auf die einzelnen Patienten oder die einzelne Leistung entfallende Quote entweder fest (absolut) bestimmt ist, oder von einer nach Krankheitsfällen, nach der Zahl der Mitglieder oder nach den Einnahmen der Kasse zu bestimmenden, oder fest bestimmten Pauschalsumme prozentual nach der Gesamtzahl der zu bezahlenden einzelnen Quoten berechnet wird. (relativ bestimmt.)[16]

b) Mittelbare Bezahlung. Die Bezahlung erfolgt nicht unmittelbar an den einzelnen Arzt, sondern in Gestalt einer absolut oder relativ bestimmten Pauschalsumme an die ärztliche Organisation, die dann nach einem der unter a angeführten Systeme die Verteilung unter die einzelnen Aerzte selbständig vornimmt.

Trotz der Mannigfaltigkeit der möglichen Kombinationen, die bei dieser großen Zahl von verschiedenen Komponenten gegeben ist, hat sich allmählich unter dem Einfluß der kollektiven Vertragsregelung ein allgemeiner Stil des Kassenarztvertrages herausgebildet, der in den von den Aerzte- und Kassenorganisationen aufgestellten Musterarztverträgen seine Schulbeispiele findet. Diese Musterarztverträge weisen zwar in Einzelheiten gewisse Unterschiede auf, stimmen jedoch in Aufbau und Grundzügen weitgehend überein, da sie die „Richtlinien des Reichsausschusses für Aerzte und Krankenkassen für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge" vom 12. Mai 1924[17] zur gemeinsamen Grundlage haben.

Den besten Ueberblick über den Inhalt der überwiegenden Mehrzahl der heute gültigen Kassenarztverträge erhält man beim Vergleich der beiden von den stärksten und gleichzeitig wohl auch extremsten Vertretern einerseits der Aerzte und andererseits der Kassen aufgestellten Musterarztverträge[17]a. Man kann annehmen, daß die große Mehrzahl sämtlicher Kassenarztverträge sich in den Grenzen bewegen wird, die von diesen beiden Musterverträgen gezogen sind.

---

[16] Vgl. Hegener a. a. O. S. 82.

[17] RABl. 1924 S. 205 abgedr. b. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 129 und bei Lehmann a. a. O. S. 112.

[17]a Der eine, vom Hartmannbund aufgestellte Musterarztvertrag (MAV) ist abgedruckt bei Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 236 ff., der andere, aufgestellt von Lehmann, dem geschäftsführenden Vorsitzenden des Hauptverbandes deutscher Krankenkassen, ist zu finden bei Lehmann a. a. O. S. 230 ff.

Hauptteil.

A. Allgemeiner Teil.
Das rechtliche Wesen des Kassenarztvertrages.

I. Kapitel: Abgrenzung.

Das Rechtsverhältnis zwischen Aerzten und Krankenkassen ist in seiner Eigenart und Problematik dadurch gekennzeichnet, daß die Leistung des Arztes im wesentlichen nicht an den Vertragspartner, die Krankenkasse, sondern an einen von dieser bezeichneten Dritten zu erbringen ist. Hierdurch entstehen Rechtsbeziehungen zwischen drei verschiedenen Personen. Vom Standpunkt des Kassenarztes aus gesehen, besteht ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, einerseits zur Krankenkasse, andererseits zum Versicherten. Da wir grundsätzlich den in der Praxis fast ausschließlich vorliegenden Normalfall des Individualvertrages, der auf Grund eines Kollektivvertrages, oder ohne einen solchen abgeschlossen ist, unseren Untersuchungen zu Grunde legen wollen, scheidet dabei von vornherein der im Kapitel über die Zulassung erwähnte, praktisch bedeutungslose Fall aus, daß der Arzt zur Krankenkasse in gar keinem Vertragsverhältnis steht, sondern lediglich in Beziehung zu dem einzelnen Versicherten tritt, der unter Hinweis auf die Schuldübernahme durch die Krankenkasse den Arzt zu Rate zieht[18].

Weiterhin soll der Fall der festen Anstellung eines Arztes in einem Ambulatorium einer gesonderten Behandlung vorbehalten bleiben, da er von dem hier zu behandelnden Normalfall grundsätzlich verschieden ist.

Wenn wir somit von der Voraussetzung eines Vertrages zwischen Arzt und Kasse ausgehen, der darauf gerichtet ist, den Kassenmitgliedern in irgend einer Weise dazu zu verhelfen, daß sie im

---

[18] Nach dieser Begrenzung besteht kein Anlaß mehr zur Auseinandersetzung mit der nur unter Annahme einer völlig unbeschränkten Zulassung denkbaren Ansicht, daß die Krankenkasse keinen Anspruch gegen den Kassenarzt auf Behandlung oder auch nur auf Abschluß eines Vertrages mit dem Versicherten habe, daß vielmehr lediglich zwischen dem Arzt und den einzelnen Versicherten kraft beiderseitigem völlig freien Willens ein Vertrag zu Stande komme. Nach dem Zitat von Heinemann a. a. O. I. soll diese Ansicht von Friedländer (Berlin) und Nippedey (Jena) im Jahre 1925 anläßlich eines Streites zwischen Berliner Krankenkassen und Aerzten in einem unveröffentlichten Gutachten vertreten worden sein. Reinhard a. a. O behauptet, Heinemann verstehe Friedländer und Nipperdey nicht ganz richtig.

Krankheitsfalle unentgeltliche ärztliche Hilfe erhalten, so bestehen für die Gestaltung eines solchen Vertragsverhältnisses folgende Möglichkeiten:

a) Es wird lediglich eine Art Vorvertrag zwischen Arzt und Kasse abgeschlossen, durch den der Arzt verpflichtet wird, mit den einzelnen Kassenmitgliedern (KM) im Bedarfsfalle jeweils besondere Verträge abzuschließen. Die Kasse übernimmt dabei von vornherein die Verpflichtung, die aus den Einzelverträgen hervorgehenden Zahlungsverpflichtungen zu übernehmen. Die Kasse hat also keinen unmittelbaren Anspruch gegen den Arzt auf Leistung von ärztlicher Hilfe an ihre Mitglieder, sondern nur auf Abschluß eines Vertrages mit diesen. Der Schwerpunkt des zweiseitigen Vertragsverhältnisses, in dessen Mittelpunkt der Arzt steht, liegt hier auf der Seite des Patienten, mit dem der Hauptvertrag zu Stande kommt.

b) Es wird ein Vertrag geschlossen, der den Arzt der Kasse gegenüber unmittelbar zur ärztlichen Tätigkeit für die einzelnen KM, nicht nur zum Abschluß eines Vertrages mit diesen verpflichtet. Die Kasse hat also einen klagbaren Anspruch gegen den Arzt auf Ausübung der ärztlichen Tätigkeit zu Gunsten ihrer erkrankten Mitglieder.

Sowohl im Falle a, als im Falle b handelt es sich um einen Vertrag, bei dem die Leistung des Arztes mindestens zum Teil nicht der Kasse als Vertragspartnerin, sondern einem Dritten, dem KM, zu erbringen ist. **Es liegt daher,** da der Vertrag zwischen Arzt und Kasse weder im Namen des KM geschlossen ist, noch lediglich einen auf Erfüllung eines bereits zwischen Kasse und KM bestehenden vertraglichen Verhältnisses gerichteten Erfüllungsübernahme darstellt[19], **ein Vertrag auf Leistung an einen Dritten vor.** Dieser Vertrag kann im einen, wie im anderen Falle, dem Kassenmitglied als dem Dritten entweder ein unmittelbares Recht auf Erfüllung der vereinbarungsgemäß an den Dritten auszuführenden Leistung geben, oder nicht. Da die Voraussetzungen des Vertrages zwischen den eigentlichen Vertragspartnern beim Vertrag auf Leistung an einen Dritten dieselben sind, ob nun der Dritte ein Recht daraus erwirbt oder nicht, kann die Vorfrage nach dem Charakter des Vertrages zwischen Arzt und Kasse unabhängig von der Frage nach dem Recht des Dritten geklärt werden.

II. Kapitel: Das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Krankenkasse.

1. Teil: Der Kassenarztvertrag ein Vorvertrag?

Der Vertrag zwischen Arzt und Krankenkasse kann also entweder eine Art Vorvertrag darstellen, oder einen unmittelbar zur Leistung verpflichtenden Vertrag. Die erste Ansicht, die von

[19] Vgl. Hellwig a. a. O. S. 159 ff. 200.

Flügge[20] vertreten wird und der sich Teufel[21] und Hegener[22] anschließen, gründet sich **rechtlich** darauf, daß die öffentlichrechtliche Leistungspflicht lediglich die kostenlose Bereitstellung eines geeigneten Arztes zum Inhalt habe. Sie folgert also, daß die Kasse, wenn sie dieser Verpflichtung der kostenlosen Bereitstellung eines Arztes auf einfachere Weise nachkommen könne, keine Veranlassung habe, weitere vertragliche Leistungen für das KM zu erkaufen. An dieser Argumentation, die sich auf RGE 74, 105 stützt, ist das eine allerdings richtig, daß die **Krankenkasse nicht zur Gewährung der ärztlichen Hilfe selbst verpflichtet ist,** daß sie schon ihrem ganzen Wesen nach nicht darauf eingestellt sein soll, wie ein Krankenhaus oder wie ein Ambulatorium, dessen Einrichtung unbestreitbar über die Pflicht der Kassen hinausgeht, **unmittelbar** ärztliche Hilfe zu gewähren. Es ist vollkommen richtig, wenn das RG in der zitierten Entscheidung[23], wo es sich um die Frage der Haftung eines rechtlich gleich wie die Kasse zu behandelnden Knappschaftsvereins handelt, diesen Standpunkt vertritt und daraus die Folgerung zieht, daß die Kasse für die Art der Ausführung der ärztlichen Hilfe nicht haftet[24]. Damit läßt sich auch die Entscheidung des RVA vom 6. Dezember 1913, wonach die Krankenhilfe in Natur zu gewähren ist, durchaus in Einklang bringen. Der etwas unklare Begriff der „Leistung in Natur" ist in der gleichen Entscheidung dahin ausgelegt, daß die Kassen die ärztliche Behandlung durch Vereinbarung mit Aerzten oder ärztlichen Vereinigungen sicherstellen müssen. Die Kasse genügt also ihren Verpflichtungen aus der RVO, wenn sie durch Vereinbarungen mit Aerzten dem Versicherten dadurch unentgeltliche Behandlung verschafft, daß sie die Aerzte verpflichtet, mit den Kassenmitgliedern Verträge abzuschließen, aus denen diesen keine Zahlungsverpflichtungen erwachsen.

Auch im übrigen wäre eine solche Konstruktion **rechtlich** nicht unmöglich. Der **Vorvertrag** wäre als einfacher gegen-

---

[20] Flügge a. a. O. S. 78.

[21] Teufel a. a. O. S. 78.

[22] Hegener a. a. O. S. 85: Hegener ist allerdings der Ansicht, daß auch dieser Vorvertrag ein Dienstvertrag sei. Es kommt dabei aber nicht klar zum Ausdruck, ob er den Dienst allein in dem Abschluß eines Vertrages mit dem KM sieht, oder ob er annimmt, daß der Vertrag mit der Kasse auf die Leistung selbst geht, daneben aber noch ein Vertrag zwischen Arzt und KM vorsieht.

[23] Wenn das RG in dieser Entscheidung annimmt, daß die Verpflichtung der Kasse sich dann, wenn das KM den Arzt selbst wählen dürfe, „auf den Ersatz der Aufwendungen beschränke", so darf das nicht so ausgelegt werden, als ob der Aufwendungsersatz **an das KM** zu erfolgen hätte. Es kann nur so ausgelegt werden, daß dieser Aufwendungsersatz an den Arzt zu erfolgen hat. Eine Vergütung an das KM würde der Verpflichtung der Kasse zur Gewährung der ärztlichen Hilfe „in natura" widersprechen.

[24] Vgl. RGJW 1925 S. 916.

seitiger Vertrag des bürgerlichen Rechtes aufzufassen, der gewisse Aehnlichkeiten mit einem Tarifvertrag aufzuweisen hätte, indem er, wie dieser, in einen obligatorischen und einen normativen Teil zerfiele. Der obligatorische Teil bezöge sich auf die Verpflichtung des Arztes zum Vertragsabschluß mit dem Kranken (KM) einerseits, und auf die Verpflichtung der Kasse auf sofortige private Uebernahme der Schuld des KM mit dem Augenblick ihrer Entstehung andererseits. Der normative Teil würde den Inhalt des zwischen Arzt und KM abzuschließenden Hauptvertrages regeln. Von diesen besonderen Normen abgesehen, würde der Vertrag zwischen Arzt und KM der gleichen Beurteilung unterliegen, wie ein normaler Arztvertrag zwischen Arzt und Privatpatient. Der Tatsache, daß das Kassenarztverhältnis erhebliche Verpflichtungen des Arztes der Kasse gegenüber bedingt, die bei der Erfüllung der ärztlichen Leistungspflicht zu beachten sind, könnte durch zweierlei Möglichkeiten Rechnung getragen werden. Einmal in der Form, daß diese Verpflichtungen im normativen Teile des Kassenarztvertrages festgelegt, Gegenstand des Vertrages zwischen Arzt und KM würden, und daß dadurch dieser Vertrag zu einem teilweisen Vertrag auf Leistung an einen Dritten würde, oder, einfacher und daher naheliegender, dadurch, daß der KAV von vornherein über den Rahmen eines Vorvertrages hinausgehend, als Dienstvertrag aufzufassen wäre, aus dem die Verpflichtungen zu Gunsten der Kasse unmittelbar neben der Verpflichtung zu Gunsten der KM hervorgingen. In ihrem Entstehen wären diese Verpflichtungen der Kasse gegenüber nur an die Voraussetzung des Abschlusses eines Vertrages zwischen Arzt und KM gebunden.

Gegen derartige Vertragskonstruktionen, insbesondere die Vereinbarung der antizipierten privativen Schuldübernahme in Bezug auf eine ihrer Art nach bestimmte zukünftige Schuld beständen rechtlich ebensowenig Bedenken, wie gegen die Besonderheit, daß der KAV als Vorvertrag zwischen anderen Personen geschlossen würde, als der folgende Hauptvertrag zwischen Arzt und KM[25].

An **praktischen** Gesichtspunkten wird für die Konstruktion des Vorvertrages vor allem ins Feld geführt, daß nur ein unmittelbares vertragliches Verhältnis zwischen Arzt und KM eine für beide Teile befriedigende rechtliche Stellung schaffe. Nehme man nämlich, wie z. B. **Meyer**[26] und **Lutz Richter - Sonnenberg**[27] ein Vertrag auf Leistung an einen Dritten an, aus dem der Dritte nicht berechtigt wird, so würden zwischen dem Arzt und dem von ihm behandelten KM nur tatsächliche Beziehungen bestehen. Das KM wäre nur Objekt der Fürsorge; es würden ihm infolgedessen auch keine vertraglichen Schadensersatzansprüche gegen den Arzt zustehen. Nehme man aber einen Ver-

---

[25] Vgl. Reinhard a. a. O., KRGGR Anm. 2 zu § 414 S. 619, Plank II, 1 Anm. 3 zu § 414 S. 598, Warneyer Anm. 4 zu § 414 S. 714.

[26] Mejer a. a. O. S. 20.

[27] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 5 ff.

trag auf Leistung an einen Dritten an, aus dem der Dritte berechtigt wird, die ihm zugedachte Leistung selbständig zu fordern, so gelange man zwar zu einer befriedigenden Stellung des KM, aber auf der anderen Seite zu einer „nicht zu billigenden Fesselung des Arztes an den Kranken“[28]. Es würden dann dem KM ausschließlich Rechte gegen den Arzt eingeräumt, ohne daß diesem irgendwelche vertraglichen Rechte gegen das KM gewährt würden.

Weiter wird noch angeführt, daß die Annahme eines Dienstvertrages, als der sich der Vertrag auf Leistung an einen Dritten wohl darstellen würde, dazu verleite, den Arzt als an die Instruktionen der Kasse gebunden zu betrachten, was seiner Stellung nicht würdig sei[29].

Daß diese Gründe, die die Notwendigkeit der Vorvertragskonstruktion aus der Unbrauchbarkeit aller anderen Konstruktionen herleiten, nicht berechtigt sind, ist weiter unten im Verlauf der Darstellung des KAV als Dienstvertrag, Geschäftsbesorgungsvertrag und „berechtigender Vertrag auf Leistung an einen Dritten“ dargetan.

Die ganze Konstruktion des KAV als eines Vorvertrages krankt daran, daß sie nur von der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Kasse ausgehend. die in der Praxis übliche Fassung des KAV nicht genügend berücksichtigt.

Für die Kasse ist es von großer Wichtigkeit, daß bei der gesamten ärztlichen Behandlung, da ja nicht nur das Arzthonorar, sondern auch alle Heilmittel und Arzneien, sowie das Krankengeld auf ihre Kosten gehen, bestimmte Regeln befolgt werden, die für die sonstige ärztliche Tätigkeit nicht maßgebend sind. Diese Regeln, die natürlich die ärztliche Entscheidungsfreiheit in Dingen, die nur mit ärztlicher Fach- und Sachkenntnis beurteilt werden können, nicht einschränken dürfen, pflegen in der „Dienstanweisung“ dem KAV als integrierender Bestandteil eingefügt zu sein. Es ist nun zwar, wie schon oben bei der Darstellung der rechtlichen Konstruktion des Vorvertrages erwähnt, nicht undenkbar, daß diese Sonderverpflichtungen des Arztes auch bei Bestehen eines Vertrages zwischen Arzt und KM aufgrund des KAV zu beachten sind, wenn die beiden Verträge entsprechend aufeinander abgestimmt sind. Dann muß aber der Vertrag zwischen Arzt und KM in seinem Inhalt irgendwie auf die Verpflichtungen der Kasse gegenüber in ihrer Eigenschaft als Beschränkung des Rechtes des Kassenmitgliedes, Bezug nehmen. Dem Kassenmitglied müßte es irgendwie zum Bewußtsein gebracht werden, daß es einen durch die Bestimmungen eines anderen Vertrages

---

[28] So insbesondere bei Hegener a. a. O. S. 85 und Teufel a. a. O. S. 78.

[29] So nach Teufel a. a. O. S. 78, noch Joachim und Korn in „Deutsches Aerzterecht“ Jena 1911 S. 845; in dem hier zitierten Werk von Joachim Korn „Der Arzt in der RVO“ von 1912 ist diese Ansicht jedoch fallen gelassen.

(des Vertrages zwischen Arzt und Kasse) normierten, oder mindestens in seinem Inhalt wesentlich bedingten Vertrag mit dem Arzt abschließt. Denn ohne dies Bewußtsein kann dem Kassenmitglied nicht der notwendige Vertragswille zum Abschluß eines solchen Vertrages mit dem Arzt unterstellt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob eine ausdrückliche Instruktion des Kassenmitgliedes darüber erfolgen müßte, oder ob es genügen würde, wenn das KM aus den Umständen entnehmen müßte, daß es einen Vertrag und gerade einen solchen Vertrag mit dem Arzt abschließt. Denn es ist bis jetzt noch kein Fall ausfindig gemacht worden, in welchem eine ausdrückliche Instruktion des KM erfolgte, oder auch nur irgendein Umstand die Annahme rechtfertigen würde, daß das KM aus ihm hätte schließen müssen, daß es mit dem Arzt einen besonderen Vertrag neben dem bestehenden Vertrag zwischen Arzt und Kasse abschließe. Mehrfache Umfragen bei Kassenmitgliedern bestätigen vielmehr die naheliegende Annahme, **daß das KM gar nicht daran denkt, mit dem Arzt überhaupt in irgendwelche unmittelbaren vertraglichen Beziehungen zu treten, sondern daß es sich darauf verläßt, daß die Kasse das schon für es erledigt habe.**

Aber von dem mangelnden Vertragswillen des KM ganz abgesehen, liegt es überhaupt bei der engen Verquickung von Interessen der Kasse einerseits und des KM andererseits viel näher, die ganzen Verpflichtungen des Arztes in einem Vertrag zusammenzufassen, der dann als Dienstvertrag anzusehen ist, in dessen Erfüllung sowohl Leistungen an den Vertragspartner, als auch Leistungen an einen Dritten zu erbringen sind. Dafür spricht insbesondere die Eigenschaft des Vertrages auf Leistung an einen Dritten, daß das Recht des Dritten, sofern man ein solches annehmen will, ohne Wissen und Willen des Dritten entstehen kann, so daß die gesamte Gefahrenquelle der Willensmängel beim Abschluß der Verträge zwischen Arzt und KM überhaupt verstopft ist[29a].

Diese grundsätzlich gegen die Vorvertragstheorie sprechenden Erwägungen werden durch die Gestaltung der „Richtlinien des RA für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge“[30] und der darauf beruhenden Musterarztverträge vollauf bestätigt. Aus den Musterarztverträgen geht zweifelsfrei hervor, **daß der KAV den Arzt in jeder Hinsicht unmittelbar zur Leistung für das KM verpflichtet, sodaß daneben für einen besonderen Vertrag zwischen Arzt und MK kein Platz mehr ist.** Es finden sich in den MAV keinerlei Anzeichen dafür, daß an den Abschluß eines besonderen Vertrages zwischen Arzt und KM gedacht ist. Statt dessen finden sich vielmehr Bestimmungen, die deutlich darauf hinweisen, daß ein besonderer Vertrag zwischen Arzt und KM nicht angenommen

---

[29a] Vgl. unten S. 34.

[30] RABL 1924, S. 205, abgedr. b. Lutz Richter-Sonnenberg und bei Lehmann, a. a. O.

wird[31]. Die Vorvertragstheorie ist daher, ungeachtet dessen, was auch gegen die sonstigen Möglichkeiten einer Eingliederung des KAV in die Vertragssysteme des bürgerlichen Rechts sprechen möge, als zu den tatsächlichen Verhältnissen in Widerspruch stehend, abzulehnen.

2. Teil: Der Kassenarztvertrag als Arbeitsvertrag.

Es kann nach den bisherigen Untersuchungen keinem Zweifel mehr unterliegen, daß der KAV unmittelbar auf die Leistung der ärztlichen Dienste für das KM gerichtet ist. Die Leistung des Arztes besteht in einer Tätigkeit, in einer Arbeit. **Der Kassenarztvertrag ist deshalb unter die Arbeitsverträge zu rechnen[32].**

Damit ist noch nicht gesagt, daß es sich um eine der entgeltlichen Arbeitsvertragsformen des BGB, Dienstvertrag oder Werkvertrag, handelt. Es könnte auch ein Arbeitsvertrag „sui generis" in Betracht kommen. Die Annahme eines solchen wäre natürlich nur dann berechtigt, wenn sich herausstellen würde, daß eine Subsumtion unter eine der gegebenen Vertragsformen nicht möglich ist.

3. Teil: Ist der Kassenarztvertrag Dienstvertrag oder Werkvertrag?

In der Literatur wird, von der Vorvertragstheorie abgesehen, durchweg die Ansicht vertreten, daß der KAV ein Dienstvertrag sei. So **Cosack[33], Ebermayer[34], Enneccerus[35], Flügge[36], Heinemann[37], Hellwig[38], Joachim-Korn[39], Lehmann[40], Meyer[41], Nikisch[42], Potthoff[43], Reinhard[44], Lutz Richter-Sonnenberg[45]** und Kommentar der

---

[31] Vgl. „Richtlinien für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge" IV, Abs. 8, wo es heißt: „Wird ein nicht zuständiger Arzt gerufen, so hat der Kranke der Kasse die Mehrkosten zu erstatten." Lehmann a. a. O. S. 12 bemerkt hierzu: „Es wird angenommen, daß ein Vertrag zwischen Arzt und Patienten dann eben nicht zustandegekommen ist."

[32] Im Sinne von Hoeniger und Lotmar als Oberbegriff für sämtliche „zweiseitigen Verträge in denen Arbeit gegen Entgelt versprochen wird". Vgl. Kaskel a. a. O. S. 46, ferner Ebermayer a. a. O. S. 204, Hellwig a, a, O, II S. 15, Hegener a. a. O. S. 12, 13.

[33] Cosack a. a. O. § 143.

[34] Ebermayer a. a .O. S. 206.

[35] Enneccerus a. a. O. § 370, I, 2b.

[36] Flügge a. a. O. S. 78.

[37] Heinemann a. a. O. I.

[38] Hellwig a. a. O. II S. 27.

[39] Joachim Korn a. a. O. S. 107.

[40] Lehmann a. a. O. S. 25.

[41] Meyer a. a. O. S. 20.

[42] Nikisch a. a. O. S. 57.

[43] Potthoff a. a. O.

[44] Reinhard a. a. O.

[45] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 7, 47.

Reichsgerichtsräte[46]. Auch in der Rechtssprechung des Reichsgerichts ist die Auffassung des KAV als Dienstvertrag verschiedentlich vertreten. So in RGJW 15, 916, 21, 530; Warneyer 21, 142.

Dabei ist auffallend, daß nirgendwo, auch nicht von solcher Seite, wo der Einzelarztvertrag zwischen Arzt und Privatpatient als Werkvertrag betrachtet wird[47], der Standpunkt eingenommen oder auch nur in Betracht gezogen wurde, daß der KAV auch ein auf eine Summe von selbständigen einzelnen Leistungen gerichteter Werkvertrag sein könne. So könnte man unter Umständen auch nach dem m. E. brauchbarsten Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienst- und Werkvertrag, wonach „Arbeit als solche beim Dienstvertrag" und „ein von der Arbeitsleistung selbst verschiedener Erfolg" beim Werkvertrag Gegenstand der Leistung ist, zu dem Ergebnis kommen, daß der KAV ein Werkvertrag ist, wenn man in der Auslegung des Erfolgbegriffs soweit gehen will, wie das hinsichtlich des Einzelarztvertrages von verschiedenen Seiten vertreten wird. Denn wenn man von der ärztlichen Leistung den Privatpatienten gegenüber sagen könnte, sie stelle eine „Einheit von Verrichtungen und Ratschlägen dar, die man wohl als ‚Erfolg' im Sinne des § 631 GBG betrachten kann" (so Teufel[49]), oder sie sei eine „in sich abgeschlossene, durch ihren eigenen Inhalt begrenzte Leistung" und daher ein „Erfolg" im Sinne des § 631 (so Nikisch[50]), so müßte das ebenso für die einzelnen auf Grund des KAV darzubringenden ärztlichen Leistungen und demnach auch für ihre Gesamtheit gelten[51].

Der KAV wäre dann ein Werkvertrag, der auf eine Summe von einzelnen, der Art nach bestimmten, in sich abgeschlossenen Leistungen gerichtet ist. Die Tatsache, daß für die Art der Ausführung bestimmte Vorschriften gemacht werden, würde der Annahme eines Werkvertrages an sich nicht im Wege stehen. Die weite Auslegung des Erfolgbegriffes im Sinne des § 631 BGB, auf der dies Ergebnis beruht, ist m. E. allerdings nicht haltbar.

Sobald der Standpunkt verlassen wird, daß ein von der Arbeitsleistung selbst tatsächlich verschiedener Erfolg, die Schaffung einer Sache oder einer von der Leistung getrennten selbständigen Tatsache Gegenstand des Werkvertrages sein muß, kann keine klare Grenze mehr gefunden werden. Die rein begriffliche Trennung der tatsächlichen Leistung von dem „Inbegriff der Lei-

[46] KRGR Anm. 3 zu § 611 S. 250.

[47] So Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 6, Teufel a. a. O. S. 7 und die dort zitierten Autoren.

[48] Vgl. Enneccerus a. a. O. § 370, Staudinger a. a. O. Vorbem. 6 zu § 611, KRGR Vorbem. 1 zu § 611, Warneyer a a. O. Anm. 1 zu § 611.

[49] Teufel a. a. O. S. 9.

[50] Nikisch a. a. O. S. 57 ff.

[51] Es denkt natürlich niemand daran, den Privat- oder Kassenarztvertrag als auf den Erfolg der Heilung gerichtet zu betrachten, in dem Sinne, daß die Heilung als Vertragsleistung versprochen würde. Ein solches Versprechen könnte nur ein Kurpfuscher abgeben.

stungen" im Sinne jener schemenhaften „Einheit von Verrichtungen und Ratschlägen" ist zu willkürlich und unbestimmt, um eine brauchbare Scheidungslinie darzustellen. Dabei befriedigt diese Auslegung des Erfolgsbegriffs im Hinblick auf den einfachen Arztvertrag zwischen Arzt und Privatpatient noch weniger, als hinsichtlich des KAV. Denn da das Interesse der Kassen an dem Erfolg der ärztlichen Tätigkeit im Sinne der Heilung kein so unmittelbares ist, wie das Interesse des Kranken selbst, könnte man beim KAV vielleicht eher sagen, der bezweckte Erfolg bestehe in dem Inbegriff der ärztlichen Hilfe selbst, als beim einfachen Arztvertrag, wo der Heilerfolg als Vertragszweck Selbstverständlichkeit ist und daher auch die Tatsache stärker zum Ausdruck kommt, daß der bezweckte Heilerfolg nicht Gegenstand der ärztlichen Verpflichtung ist, sondern nur die zweckbestimmte Tätigkeit. Dies gilt insbesondere in Anbetracht dessen, daß beim KAV teilweise auch Leistungen Gegenstand der ärztlichen Pflicht sind, die aufs engste mit Sachleistungen verknüpft sind. So läge es beispielsweise nahe, die im MAV (Anhang Seite VII) angeführten Sachleistungen, die „Röntgenuntersuchungen und -Behandlungen einschließlich der ärztlichen Leistung", Licht-, Wärme- und Strahlenbehandlung, orthopädische, medico-mechanische Behandlungen usw., als Werkleistungen im Sinne einer als „Erfolg" zu bezeichnenden „Einheit von Verrichtungen und Ratschlägen" anzusehen. (Dabei darf allerdings die Erwägung, daß für diese Leistungen eine Bezahlung außerhalb des Pauschales vereinbart ist, keine Rolle als Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag spielen, da die Bezahlungsart grundsätzlich hierzu nicht herangezogen werden darf.[52])

Aus der Wendung „Röntgenuntersuchung einschl. der ärztlichen Leistung" könnte vielleicht besonders darauf geschlossen werden, daß im KAV selbst die ärztliche Leistung als „ein Werk an sich" betrachtet wird. Dies wäre jedoch ein Irrtum. Die Bezahlung außerhalb des Pauschales ist für Sachleistungen eine Selbstverständlichkeit. Wenn dem Arzt dabei noch eine besondere Vergütung für seine persönliche Inanspruchnahme bei dieser Sachleistung versprochen wird, so wird dadurch der Charakter der Leistung als einer Dienstleistung auf Grund des Dienstvertrages nicht berührt. Ebenso verhält es sich auch mit größeren Operationen. Auch diese sind im Dienstvertrag als Dienstleistungen versprochen, soweit sie vom Arzt auf Grund seiner Fähigkeiten überhaupt versprochen und verlangt werden können und besondere Ausnahmen im KAV dafür nicht gemacht sind. Ihre Sonderbehandlung hinsichtlich der Bezahlung ändert daran nichts.

Die Tatsache selbst, daß im KAV auch Sachleistungen versprochen werden, steht der Annahme eines Dienstvertrages eben-

---

[52] Vgl. Enneccerus a. a. O. §§ 365, 370, Nikisch a. a. O. S. 50 ff., a: M: Lotmar a. a. O. I S. 90 ff., 336 II S. 429 ff.

falls nicht entgegen. Denn die sachgemäße Beschaffung und Anwendung dieser besonderen Sachleistungen ist mit der Dienstleistung selbst so eng verbunden, daß sie ohne weiteres als deren Teil angesehen werden kann. Es handelt sich ja in der Regel nicht um Lieferung von Gegenständen, wie etwa Arzneien, sondern lediglich um Verbrauch von Material anläßlich der heilenden oder diagnostischen ärztlichen Tätigkeit, also im Grunde um weiter nichts, als um „Aufwendungen" im Sinne der §§ 669, 670, 675 BGB, über die von vornherein eine vertragliche Regelung getroffen wird. Wo es sich aber wirklich ausnahmsweise einmal um Lieferung eines Gegenstandes (beispielsweise eines orthopädischen Apparates, den der Arzt selbst angefertigt hat) handelt, da liegt ein Ausnahmefall vor, der vom KAV nicht besonders berücksichtigt zu werden braucht. Hier muß es der Beurteilung des einzelnen Falles vorbehalten bleiben, ob ein Werkvertrag neben dem Dienstvertrag anzunehmen ist[53].

Es muß also unbedingt aufrecht erhalten werden, daß beim KAV keine einzelnen „Erfolge" sondern nur einzelne Leistungen Gegenstand der Verpflichtung sind. Dazu kommt, daß der Arzt nicht nur zu den einzelnen Leistungen verpflichtet ist, sondern auch zu einer dauernden Leistung, nämlich der dauernden Bereitschaft (s. hierzu unten S. 37 f.).

Auch die letzten Zweifel an der Eigenschaft des KAV als Dienstvertrag müßten jedoch schwinden, wenn man die Regelung des Gesetzes über Dienstvertrag und Werkvertrag vergleichsweise auf den KAV anwendet. Mit den Vorschriften des BGB über den Werkvertrag wäre für den KAV so gut wie nichts anzufangen.

Es würde in diesem Rahmen zu weit führen, auf die zahlreichen Meinungen über das Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag und ihre Anwendung auf den KAV näher einzugehen, zumal von keiner Seite unter Berufung auf eine dieser Meinungen eine andere Ansicht vertreten wird als hier[54].

Nur der von **Nikisch**[55] vertretene Standpunkt sei hier noch kurz betrachtet, weil er in diesem Zusammenhang von besonderem Interesse ist. **Nikisch** trifft eine allgemeine Einteilung sämtlicher Arbeitsverträge in zeitbestimmte und erfolgbestimmte und versucht dann nachzuweisen, daß Dienstverträge immer zeitbestimmt, Werkverträge immer erfolgbestimmt seien, und daß man also in der Unterscheidung zwischen zeit- und erfolgbestimmten Arbeitsverträgen ein sicheres Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag habe. Beim KAV läge es ja nahe, zu diesem, aller weiteren Skrupel überhebenden Unterscheidungs-

---

[53] In dieser Hinsicht dürfte sich der Vertrag mit den Zahnärzten wesentlich von dem hier untersuchten KAV unterscheiden.

[54] Vgl. hierzu die ausführlichen Zusammenstellungen bei Hegener a. a. O. S. 13 ff. und Teufel a. a. O. S. 2 ff.

[55] Vgl. Nikisch a. a. O. S. 57, 59 ff.

merkmale zu greifen. Denn der KAV ist zweifellos zeitbestimmt im Sinne Nikischs, da die Leistungspflicht des Arztes nicht durch ihren Erfolg bestimmt und begrenzt ist, sondern solange fortdauert, bis ihr durch Zeitbestimmung (entweder Ablauf der Gültigkeitsdauer oder Kündigung) ein Ziel gesetzt wird[56]. Aber gerade beim Arztvertrag und beim KAV zeigt sich die Schwäche des Systems von Nikisch. Den Arztvertrag (zwischen Arzt und Privatpatient), den Nikisch nicht unter die zeitbestimmten Verträge rechnen kann, da er durch seinen Zweck bestimmt ist, ohne aber die Erreichung des Zweckes, also den Erfolg der Heilung, als versprochene Leistung zu umfassen, erklärt er als Werkvertrag, indem er die „Begrenzung der Leistung durch ihren eigenen Inhalt" der Erfolgbestimmtheit gleichsetzt. Nikisch meint a. a. O. S. 59, „entscheidend sei allein, ob die Parteien vom Erfolg im Vertrage abstrahiert haben, und das lasse sich ohne große Auslegungskünste danach feststellen, ob die Arbeit als fortlaufende, zeitlich begrenzte oder als eine durch das Arbeitsergebnis in ihrem Umfange bestimmte versprochen war." Umfang kann aber hier nichts anderes bedeuten als Dauer. D. h. also mit anderen Worten, wenn die Arbeit in ihrer Dauer durch das Arbeitsergebnis bestimmt ist, so ist im Vertrage nicht vom Erfolge abstrahiert. Der Vertrag ist also erfolgbestimmt, somit ein Werkvertrag. Wir sehen aber gerade am Arztvertrag, daß ein Vertrag wohl in diesem Sinne „erfolgbestimmt" sein kann, ohne daß ihm aber der Erfolg als Leistungsinhalt bestimmt ist. Es ist ein Unterschied, ob eine Leistungspflicht nur in ihrer Dauer durch den Erfolg bestimmt ist, oder in ihrem Inhalt. Ist sie nur in ihrer Dauer erfolgbestimmt, so heißt das nur, daß sie nicht länger dauern kann, als bis der Erfolg eingetreten ist, daß sie aber wohl erfüllt sein kann, auch wenn der Erfolg nicht eintritt. Ist sie aber nach ihrem Inhalt erfolgbestimmt, so heißt das, daß sie nicht eher enden kann, als bis der Erfolg eingetreten ist und daß sie nicht erfüllt ist, wenn der Erfolg nicht eintritt. Mit dem Gesetze kann die Ansicht, daß Verträge, die nur in ihrer Dauer durch den Erfolg bestimmt sind, Werkverträge seien, nicht in Einklang gebracht werden. Denn in diesem Falle ist eben nicht der herbeizuführende Erfolg Gegenstand des Vertrages.

Am Beispiel des KAV zeigt sich das Widerspruchsvolle der Theorie von Nikisch noch deutlicher. Während nämlich die einzelnen Leistungen, die nach dem KAV zu erbringen sind, als erfolgbestimmt zu betrachten wären, muß der KAV als ganzes als zeitbestimmt betrachtet werden. Obwohl also die einzelnen Leistungen Werksleistungen wären, und jede einzeln für sich dem Werksvertragsrecht unterliegen würde, wäre der KAV als ganzes ein Dienstvertrag.

Zu einer befriedigenden Lösung führt allein die dem Wortlaut des Gesetzes entsprechende Unterscheidung zwischen Verträ-

---

[56] Vgl. Nikisch a. a. O. S. 14 ff.

gen, bei denen die „Leistung als solche" geschuldet ist, als Dienstverträgen und Verträgen bei denen ein bestimmter von der Leistung selbst „verschiedener Erfolg" geschuldet ist, als Werkverträgen. **Der KAV ist demnach zweifellos ein Dienstvertrag**[57].

4. Teil: Der Kassenarztvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag.

Es ist für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Krankenkasse von nicht geringer Bedeutung, ob die im Dienstvertag vereinbarte Leistung unter den Begriff der „Geschäftsbesorgung" im Sinne des § 675 BGB zu rechnen ist. Anläßlich der Untersuchung dieser Frage beim Vertrag zwischen Arzt und Privatpatient wurde mehrfach eine Uebersicht gegeben, über sämtliche in dem alten Streit um die Bestimmung des Begriffs der „Geschäftsbesorgung" aufgetauchten Meinungen[58]. M. E. ist das hier nicht am Platze. Ohne auf die große Zahl anderer Meinungen einzugehen, beschränkte ich mich darauf, mich zu der im Kommentar der Reichsgerichtsräte vertretenen Auffassung zu bekennen. Danach ist „Geschäftsbesorgung" eine selbständige Tätigkeit witrschaftlichen Charakters, die im Interesse eines anderen vorgenommen wird"[59].

An der angeführten Stelle ist dazu bemerkt: „Das Merkmal, das die Leistungen des Auftrages und der Geschäftsführung ohne Auftrag sowie der Dienst- und Werkverträge des § 675 BGB von anderen rechtlich erheblichen Tätigkeiten zunächst unterscheidet, ist das Handeln **für einen anderen**" (vgl. § 676 BGB). „Die Besorgung einer Angelegenheit für einen anderen ist die Vornahme einer Tätigkeit, die an und für sich der Sorge dieses anderen obliegen würde und in dessen Interessenbereich fällt, in seinem Interesse (RGZ 103, 411)"; „nicht dagegen notwendig in seiner Vertretung, an seiner Stelle; daß der andere die Tätigkeit selbst vornehmen könnte und vorzunehmen hätte, ist nicht erforderlich. Sie muß nur Gegenstand seiner Sorge sein und diese Sorge muß ihm durch die Besorgung seitens des Handelnden abgenommen werden. (RGZ 97,65)". „Durch das Merkmal der Sorge für einen anderen, die zugleich eine Betätigung des Willens und der Ueberlegung einschließt, unterscheidet sich die Geschäftsbesorgung wesentlich von der bloßen Leistung von Diensten wirtschaftlicher Art und dadurch sondern sich auch die Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, von anderen Dienst- und Werkverträgen."

Das Abstellen auf die Eigenschaft der Tätigkeit als **einer freien und in fremdem Interesse ausgeübten** ist m. E. ein besonderer Vorzug der gewählten Begriffsbestimmung, die insbesondere

---

[57] Vgl. Anm. 35—48.

[58] So insbesondere in den Dissertationen von Israel a. a. O. S. 10 und Hegener a. a. O. S. 21.

[59] Vgl. KRGR zu § 675 und Vorbem. 2 zu § 662 BGB.

auch in der Hinsicht befriedigt, daß sie in gleicher Weise auch auf die Begriffe der Geschäftsbesorgung in den Fällen der §§ 662 und 677 BGB anwendbar ist, also von dem Grundsatz ausgeht, daß „derselbe Begriff in demselben Gesetzbuch nicht ohne Not für verschiedene Einzelbestimmungen verschieden aufgefaßt werden darf“[60].

Nach dem KRGR ist aus dem Begriff der **Geschäftsbesorgung** zu schließen, daß die Tätigkeit des Besorgenden ein Geschäft sein muß. Einem Geschäft müsse aber, so wird weiter gefolgert, „eine wirtschaftliche Beziehung anhaften“. „Tätigkeiten die keinen wirtschaftlichen Zweck haben, sind keine Geschäfte“.

Dies darf m. E. nicht so ausgelegt werden, als ob das zu „besorgende Geschäft“ einen unmittelbaren und rein wirtschaftlichen Zweck haben müsse. Es genügt vielmehr, wenn die Tätigkeit in irgendeiner Hinsicht auch einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt, wenn ihr „eine wirtschaftliche Beziehung“ anhaftet. Man kann sagen, **daß eine Geschäftsbesorgung dann vorliegt, wenn für den Geschäftsherrn wirtschaftliche Interessen auf dem Spiele stehen.**

Wenden wir diese Begriffsbestimmung auf den KAV an, so ergibt sich:

Eine selbständige Tätigkeit, die eigene Ueberlegung und Entscheidung erfordert, liegt ohne Zweifel vor.

Eine Tätigkeit „wirtschaftlichen Charakters“ ist die des Kassenarztes ebenfalls. Selbst wenn wir den Begriff des „wirtschaftlichen Charakters“ so eng auslegen wollten daß wir einen unmittelbaren wirtschaftlichen Zweck forderten, so wäre auch dieser zu bejahen. Denn wenn auch der höhere Zweck des KAV ein sozialer ist, so ist er doch, sowohl im ganzen gesehen, wie auch in einzelnen Teilen vom Standpunkt der Kassen, also des Geschäftsherrn aus, durchaus ein wirtschaftlicher. Für die Kassen ist es im Rahmen ihres Geschäftsbetriebes eine Wirtschaftsfrage, wie sie die wirtschaftliche Last, den Versicherten eine unentgeltliche ärztliche Versorgung zu verschaffen, am besten trägt. Im einzelnen gesehen hat der Arzt Aufgaben unmittelbarer wirtschaftlicher Zweckbestimmung, wenn z. B. „besondere Sorgfalt“ auf die Entscheidung der Frage zu verwenden ist, ob eine sich krank meldende Person tatsächlich krank (im Sinne der RVO) ist, und gegebenenfalls, ob Erwerbsunfähigkeit im Sinne des § 182 Nr. 2 RVO vorliegt und wie lange die Erwerbsunfähigkeit dauert[61]. Der Arzt dient hier als sachverständiges Kontrollorgan gegen ungerechtfertigte wirtschaftliche Ausbeutung der Kasse. Daß die ärztliche Verpflichtung des Kassenarztes mehr umfaßt, als die reine ärztliche Hilfspflicht, geht insbesondere auch daraus hervor, daß für die Prüfung der Frage, ob eine Krankheit vorliegt,

---

[60] KRGR Vorbem. 2 zu § 662.

[61] S. MAV des Hartmannbundes, Dienstanweisung § 3, abgedr. b. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O.; s. auch nächste Anm.

die von der RVO gegebene Begriffsstimmung für „Krankheit" maßgebend ist, nicht die medizinische[62].

Es müßte aber genügen, wenn die Tätigkeit des Arztes auch nur in einzelnen ihrer Teile wirtschaftlich zweckbestimmt ist, um für den Vertrag im ganzen zu sagen, daß er, wenn auch nur unter anderem, so doch eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand habe.

Wenn man aber dem Begriff des „wirtschaftlichen Charakters" nicht die allzu enge Auslegung gibt, daß ein **unmittelbarer** wirtschaftlicher Zweck vorliegen müsse, so unterliegt es vollends gar keinem Zweifel, daß die Tätigkeit des Kassenarztes wirtschaftlichen Charakter hat. Es braucht hier, von der oben angeführten unmittelbar wirtschaftlich zweckbestimmten Tätigkeit abgesehen, nur an die wirtschaftliche Bedeutung der Arzneiverordnung, der Krankenhauseinweisung und der Anwendung besonderer elektro-physikalischer Heilmethoden erinnert zu werden, durch die es der Arzt in weitestem Maße in der Hand hat, die Kasse wirtschaftlich zu belasten oder zu entlasten.

Nun ist noch zu prüfen, ob die ärztliche Tätigkeit „im Interesse eines anderen" vorgenommen wird. Hierbei ist nicht auf das Motiv der Tätigkeit, sondern auf ihren Inhalt zu gehen. Denn sonst könnte es ja keinen Dienst- oder Werkvertrag geben, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hätte, da jeder, der gegen Entgelt tätig wird, dies dem Motiv nach ausschließlich oder doch in erster Linie in seinem eigenen Interesse tut. Es ist also die kassenärztliche Tätigkeit als solche zu untersuchen, ob sie „für die Krankenkasse, in ihrem Interesse" erfolgt. Es ist dabei nicht erforderlich, daß eine Stellvertretung vorliegt, auch nicht, daß der Geschäftsherr die Tätigkeit, die für ihn vorgenommen wird und die „an und für sich seiner Sorge obliegen würde", selbst vorzunehmen in der Lage wäre.

In diesem Sinne kann die Tätigkeit des Kassenarztes ohne Bedenken als eine Tätigkeit „für die Krankenkasse" bezeichnet werden. Denn der Kasse obliegt zunächst die Sorge, für ihre Mitglieder ärztliche Hilfe zu beschaffen. Da sie sie nicht selbst gewähren kann, auch nicht soll, überträgt sie die Sorge auf die von ihr zu diesem Zweck aufgestellten Aerzte. Diese werden nun „für sie" tätig.

Aber nicht nur im ganzen gesehen ist die kassenärztliche Tätigkeit eine solche für die Kasse, sondern auch im einzelnen muß der Kassenarzt bei der Tätigkeit in weitgehendem Maße das Interesse seiner Auftraggeberin wahren. Hierfür bieten die bereits

---

[62] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 30, Lehmann a. a. O. S. 12 ff., Pr. OVG 17. 11. 1913; AN 14, 332, wo es heißt: „Ein Zustand, der im medizinischen Sinne als Krankheit zu bezeichnen ist, braucht es im Sinne der RVO nicht zu sein, wenn er sich nicht durch die Notwendigkeit einer Kur oder durch Erwerbsunfähigkeit kundgibt." Aehnlich bei Bayr. LVA 17. 4. 1920; M. 20, 64.

angeführten Hinweise auf die kontrollierende Tätigkeit des Arztes genügend Beispiele.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Kassenarzt eine selbständige Tätigkeit mit wirtschaftlichem Charakter im Interesse der Kasse ausübt. Der Vertrag zwischen Arzt und Krankenkasse hat demnach eine **Geschäftsbesorgung zum Gegenstand.**

Zum gleichen Ergebnis kommt auch der KRGR in Vorbem. 2 zu § 662 für den Fall, daß der Arzt für einen unterstützungspflichtigen Armenverband die Behandlung eines Kranken übernimmt, oder in seiner Heilanstalt die Ehefrau oder ein Kind für den unterstützungspflichtigen Ehemann oder Vater behandelt und verpflegt, „da er diesem eine wirtschaftliche Sorge abnimmt". (RGIW 1913, 1147; 4.) In dem Falle, wo der Arzt für den unterstützungspflichtigen Armenverband die Behandlung eines Kranken übernimmt, handelt es sich um genau denselben wirtschaftlichen Zweck, wie wenn er die Behandlung für die Kasse übernimmt. In beiden Fällen liegt eine auf dem öffentlichen Recht beruhende Unterstützungspflicht vor, die der Arzt für den Verpflichteten, wenn auch in einem über die eigentliche Verpflichtung hinausgehendem Maße erfüllt[63]. Im Falle der Kasse ist die wirtschaftliche Beziehung sogar noch eine stärkere, da der Kranke selbst ohne Frage einen Anspruch gegen die Kasse hat, was beim Unterstützungsempfänger zweifelhaft ist.

Das gewonnene Ergebnis entspricht m. E. auch dem Sprachgebrauch, wenn man in Erwägung zieht, daß der Arzt nicht nur die Kassenmitglieder ärztlich behandelt, sondern dabei auch, z. B. durch Kontrolle und entsprechende Beschränkung seiner bei Privatpatienten vielleicht weitergehenden ärztlichen Tätigkeit, die Geschäfte der Kasse zu besorgen hat.

Zu dem Ergebnis, daß der KAV eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, müßte man auch nach den der Ansicht des KRGR im wesentlichen entsprechenden Begriffsbestimmungen des Geschäftebesorgungsvertrages gelangen, wie sie von Bernau, Brückmann, Jäger, Kohler, Lothmar, Neumann, Oertmann und Staudinger vertreten werden[64]. Auch die Definitionen von Hachenburg und Plank, Dernburg, sowie Hellwig, Lenel und Schollmeyer, die den Begriff der Geschäftsbesorgung noch weiter fassen, als es hier vertreten ist, führen zur Anwendbarkeit des § 675 auf den KAV[65].

Eine Stellungnahme zu der hier aufgeworfenen Frage, ob der KAV eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, findet sich in der Literatur nur an wenigen Orten.

---

[63] Vgl. oben S. 15. Die Pflicht der Kasse geht nur so weit, dem KM einen Arzt unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.

[64] S. bei Israel a. a. O. S. 12.

[65] Vgl. Hachenburg a. a. O. S. 14 ff., Plank II zu § 675 Anm. 2, die übrigen s. bei Israel S. 12.

Bei Joachim Korn[66] ist die Frage ohne Begründung bejaht. Bei Israel[67] ist sie generell für den Fall, daß der Arzt für einen Dritten tätig wird, verneint. Der KAV ist dabei nur beispielsweise angeführt. Israel geht von der von Minnigerode[68] vertretenen Ansicht aus, daß eine Geschäftsbesorgung „geistige Arbeit von wirtschaftlichem Wert" sei. Auch nach dieser Begriffsbestimmung müßte im Verfolg der hier vertretenen Auffassung vom wirtschaftlichen Zweck der ärztlichen Tätigkeit Israel zu dem Ergebnis kommen, das hier gewonnen wurde. Aber Israel meint, „in erster Linie und als Haupterfolg soll durch die Tätigkeit des Arztes die Wiederherstellung des Patienten erreicht werden." Demgegenüber bilde der Umstand, daß der Arzt gleichzeitig die Verpflichtung eines Dritten erfüllt hat, einen so nebensächlichen Erfolg, daß man von ihm nicht als von einem „wirtschaftlichen Wert" sprechen könne. Zur Widerlegung dieser Behauptung braucht nach den obigen Darlegungen nichts mehr gesagt zu werden. Israel sieht seine falschen Folgerungen noch durch die Erwägung gestützt, daß es unhaltbar sei, wenn man beim Vertrag zwischen Arzt und Einzelpatient eine Geschäftsbesorgung verneinen, beim Vertrag mit einem Dritten, also beispielsweise dem KAV, aber bejahen würde. So würde z. B. der Kasse gegenüber wohl die Ablehnung des Abschlusses eines KAV, nicht aber dem Privatpatient gegenüber die Ablehnung einer Behandlung, nach § 663 BGB, sofort anzuzeigen sein. Aber auch dieses Argument geht fehl. Denn die Leistung des Arztes dem Privatpatienten gegenüber kann zwar auch nach der hier vertretenen Ansicht über die Geschäftsbesorgung nicht als eine solche bezeichnet werden. Es ist aber in diesem Fall m. E. unerläßlich. eine analoge Anwendung des § 663 platzgreifen zu lassen. Ein Arzt, dem eine Bestellung zu einem Kranken übermittelt wird, ist ohne Frage verpflichtet, dem Besteller unverzüglich Mitteilung zu machen, wenn er nicht gewillt ist, die Behandlung des Kranken zu übernehmen. Diese Ansicht wird allerdings vom KRGR offenbar nicht geteilt; denn dort ist in Anmerkung 2 zu § 663 gesagt, „daß „öffentliches Erbieten" auch bei Aerzten vorliege, **soweit diese für die Besorgung von Geschäften in Betracht kommen,** wenn sie durch öffentliche Anzeigen . . . . oder durch Schilder am Hause sich dem Publikum anbieten. Dabei ist aber auf Vorbemerkung 2 zu § 662 verwiesen, wo für den Arzt im Verhältnis zum Privatpatienten die Annahme einer Geschäftsbesorgung ausdrücklich abgelehnt ist. Wenn damit alo gesagt sein soll, daß der Arzt nur dann zur Anzeige der Ablehnung verpflichtet ist, wenn der Vertrag mit dem Auftraggeber (Dienstberechtigten) gegebenen Falles ein Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hätte — also in der Regel nicht, wenn es sich um einen einfachen Arztvertrag mit einem Privatpatienten handelt —, so kann das nicht befriedigen. Hier

[66] Joachim Korn a. a. O. S. 107.
[67] Israel a. a. O. S. 15.
[68] v. Minnigerode a. a. O. S. 41.

hätte Israel allerdings recht, einen unhaltbaren Widerspruch festzustellen. Aber es ist gerade der falsche Weg zur Lösung dieses Widerspruchs, die Eigenschaft des KAV als Geschäftsbesorgungsvertrag zu verneinen.

Hinsichtlich der Folgen, die sich aus der Eigenschaft des KAV als Geschäftsbesorgungsvertrag für die Pflichten des Arztes ergeben, muß darauf hingewiesen werden, daß diese Folgen nur in Bezug auf die Verpflichtungen des Arztes eintreten, die er der Kasse gegenüber zu erfüllen hat, da seine Leistung nur in dieser Hinsicht eine Geschäftsbesorgung ist.

Für das Kassenmitglied besorgt der Arzt natürlich kein Geschäft. Die Verpflichtungen, die er ihm gegenüber hat, werden daher durch § 675 BGB nicht berührt.

III. Kapitel: Das Rechtsverhältnis zwischen Kassenarzt und Kassenmitglied.

1. Teil: Der Kassenarztvertrag als Vertrag auf Leistung an Dritte.

Wir haben zu Eingang des Kapitels IV festgestellt, daß der KAV in jedem Falle als Vertrag auf Leistung an einen Dritten (VLD) zu bezeichnen ist, da, auch wenn es sich nur um einen Vorvertrag handelte, die im Vertrag ausbedungene Leistung wenigstens zum Teil dem Kassenmitglied gegenüber zu tätigen ist. Es ist daher nur noch die Frage offen, ob der durch den KAV bedachte Dritte, also das KM, ein unmittelbares Recht aus dem KAV erlangen soll, oder nicht. Die Bezeichnung der Unterscheidung zwischen den beiden Arten von Verträgen auf Leistung an Dritte wird häufig in der Weise getroffen, daß man im Falle einer Berechtigung des Dritten von einem Vertrag „zu Gunsten des Dritten" oder von einem „echten" Vertrag zu Gunsten des Dritten im Gegensatz zu einem „einfachen" oder einem „unechten" Vertrag zu Gunsten des Dritten spricht. Hellwig[69] unterscheidet zwischen „berechtigenden" und „ermächtigenden" Verträgen a. L. an Dritte. Diese Unterscheidung wäre vielleicht die glücklichste, wenn nicht die Bezeichnung „ermächtigend" auf eine besondere Theorie Hellwigs zurückginge, für die gerade das Beispiel des KAV nicht spricht[70].

---

[69] Hellwig a. a. O. I S. 43.

[70] Hellwig a. a. O. I S. 45 ff., S. 67 ff., S. 93 ff., teilt den VLD begrifflich in die Leistungsverpflichtung als solche als Hauptvertrag und die Nebenbestimmung der Leistung an einen Dritten, in der er eine Bevollmächtigung des Dritten sieht, als Vertreter des Versprechensempfängers die Leistung in Empfang zu nehmen. Gegen Hellwig, Plank a. a. O. II, 3 Vorbem. zu § 328. Gerade das Beispiel des KAV zeigt, daß die Teilung in Haupt- und Nebenvertrag eine gekünstelte ist. Eine Leistung an den Versprechensempfänger selbst wäre hier gar nicht zu denken; eine juristische Person braucht keinen Arzt. Auch muß Hellwig voraussetzen, daß die Leistung einen Vermögenswert darstellt, dergestalt, daß zu einer den Schuldner befreienden Annahme dieser Leistung eine Bevollmächtigung des Annehmenden überhaupt notwendig erscheint. Der Kassenarzt kann sich aber von seiner Verpflichtung,

Zur Vermeidung jeden Mißverständnisses sei hier zwischen berechtigenden und nicht berechtigenden VLD unterschieden.

In den Verträgen zwischen Aerzten und Kassen ist über die rechtliche Stellung des Kassenmitgliedes in der Regel nichts gesagt. Es kann nur aus dem allgemeinen Inhalt auf den Zweck und aus dem Zweck und den Umständen gemäß § 328 Abs. 2 BGB darauf geschlossen werden:

1. ob der Dritte überhaupt ein Recht erwerben,
2. ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen soll und
3. ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.

Diese drei auf das Recht des Dritten bezügliche Fragen sind nach dem objektiven Maßstab der Umstände und des Vertragszweckes, nicht nach dem vermutlichen Willen der Parteien zu entscheiden[71].

2. Teil: Die Berechtigung des Dritten.

Für eine Anzahl von Fällen, in denen eine Fürsorge für den Dritten bezweckt ist, begründet das Gesetz selbst in § 330 eine Vermutung für eine Berechtigung des Dritten. Hellwig[72] folgert hieraus die Berechtigung zu dem allgemeinen Satz, **daß jede unentgeltliche Zuwendung, die für einen Dritten ausbedungen wird, also wirkliche Verträge „in favoren tertii" ohne Rücksicht auf die Art des zwischen den Kontrahenten bestehenden Rechtsverhältnisses dem Dritten unmittelbar das Recht auf die Leistung geben.** Hellwig meint dann weiterhin[73], „wenn es rechtens ist, daß der Dritte im Zweifel berechtigt wird, falls der Gläubiger zu dem Schuldner gesagt hat: „Versprich mir, an den Dritten zu leisten; dieser soll nämlich das von Dir zu leistende als Geschenk von mir erhalten", so ist es geradezu sinnlos, die Berechtigung nicht anzunehmen, wenn er statt dessen gesagt hat: „Der Dritte hat nämlich diese Summe von mir zu fordern und Du kannst ihm sagen, daß ich ihm die Zahlung zur Tilgung dieser Summe zukommen lasse". M. E. muß Hellwig in diesen a. a. O. eingehend begründeten Folgerungen zum mindesten insoweit zugestimmt werden, daß für die Fälle, wo dem Dritten eine Fürsorge zuteil werden, oder ein Anspruch, den er gegen den Versprechensempfänger hat, erfüllt werden soll, **eine Vermutung für das Recht des Dritten auf die Leistung begründet ist.** Wir können also eine Präsumtion zu Gun-

---

eine geschäftsunfähige Person zu behandeln, durch die tatsächliche Leistung befreien, ohne jegliche Mitwirkung, ohne Wissen und Willen des gesetzlichen Vertreters.

[71] Vgl. KRGR Anm. 3 zu § 328 u. d. zit. Entsch.; ferner Hellwig a. a. O. I S. 150 ff.; s. auch unten Anm. 77.

[72] Hellwig a. a. O. I S. 158.

[73] Hellwig a. a. O. I S. 196.

sten der Berechtigung des Dritten für einen Fall, wie den der Versorgung der Kassenmitglieder, sowohl unter dem Gesichtspunkt der Fürsorge, wie unter dem der Erfüllung einer (wenn auch in diesem Falle nicht privatrechtlichen, sondern öffentlich-rechtlichen) Verpflichtung als gegeben erachten. Dem steht auch nicht entgegen, daß, wie im RGJW 1915, 916 ausgeführt ist, nicht bei jedem Vertrage, der die Fürsorge für einen Dritten bezweckt, den Vertragschließenden ohne weiteres die Absicht zu unterstellen ist, unmittelbare Rechte des Dritten zu begründen. Denn der Vertragszweck ist ja objektiv zu erforschen; es kommt nicht auf den tatsächlich zu vermutenden Willen der Parteien an, sondern darauf, wie dieser Wille bei einer Würdigung des Falles mit dem Verständnis des Richters gewesen wäre[74]. Dabei ist allerdings, wie sowohl die zitierte RGE, als auch Hellwig bemerkt, Voraussetzung, daß der Zweck für beide Vertragschließende erkennbar war. Beim KAV kann ohne weiteres angenommen werden, daß dies der Fall ist. Der Zweck des KAV ist vom Standpunkt der Kasse, also dem in erster Linie maßgebenden Standpunkt des Versprechens-Empfängers und Zuwendenden aus, die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung ihrer Mitglieder und dadurch gleichzeitig die Erfüllung ihrer dahingehenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtung aus der RVO. Die Aerzte bezwecken ihrerseits eine angemessene Beteiligung an dieser Versorgung gegen entsprechenden Verdienst. Im übrigen machen sich beide Vertragsteile bewußt dem höheren Zwecke der Sozialversicherung dienstbar. **Es bestehen daher keine Bedenken, auch diesen höheren Zweck, wenn er auch nicht unmittelbar der der Vertragschließenden ist, zur Auslegung des Vertragsinhaltes heranzuziehen.** Die Krankenversicherung soll dazu dienen, den minderbemittelten Bevölkerungsschichten unter allen Umständen eine möglichst gute ärztliche Hilfe für den Krankheitsfall zu sichern, unabhängig von der Zahlungsfähigkeit des Erkrankten. Dabei kann es nur im Sinne der Einrichtung liegen, das Kassenmitglied dem Arzt gegenüber so gut zu stellen, als es unter den gegebenen Umständen und ohne unbillige Benachteiligung des Arztes oder der Kasse möglich ist. Soweit die Stellung des KM eine abhängige, kontrollierte ist, kann man dies nur als notwendiges Uebel, nicht als im Zweck des Ganzen gelegen ansehen. Daraus ergibt sich, daß die Einwendungen fehlgehen, welche aus der untergeordneten, abhängigen Stellung des KM den Schluß ziehen, daß damit die Einräumung von Vertragsrechten unvereinbar sei. **Es muß vielmehr als dem Sinn und Zweck der Krankenversicherung entsprechend betrachtet werden, daß das KM dem Arzt gegenüber wenigstens rechtlich nicht schlechter gestellt sein soll, als der Privatpatient gestellt ist,** wenn schon mit einer schlechteren tatsächlichen Stellung nach menschlichem Ermessen gerechnet werden muß. Es wäre aber eine erhebliche rechtliche Schlechterstellung, dem KM jedes Recht gegen den Arzt zu

---

[74] Vgl. Anm. 71.

versagen und ihm nur die Stellung eines Behandlungsobjektes einzuräumen.

So zeigt sich bei einer Betrachtung des KAV im ganzen und unter allgemeinen Gesichtspunkten ein Uebergewicht für die Annahme einer Berechtigung des Dritten. Dieses Uebergewicht wird entscheidend verstärkt, wenn wir die besonderen Umstände in Einzelheiten des Rechtsverhältnisses zwischen Kassen, Aerzten und Versicherten näher betrachten. So insbesondere die Haftungsfrage. Obwohl, wie oben festgestellt, der Zweck der Krankenversicherung letzten Endes auf den Effekt einer ärztlichen Versorgung der minderbemittelten Bevölkerung und dadurch einen besseren Gesundheitszustand und eine stärkere soziale Befriedung der betroffenen Schichten gerichtet ist, geht die Aufgabe der Kassen doch nicht so weit, die Durchführung der ärztlichen Krankenhilfe, das Heilverfahren selbst, zu umfassen. **Die Aufgabe der Kassen besteht nur darin, das Tätigwerden der berufenen Personen und Einrichtungen zur Bekämpfung von Krankheiten sicherzustellen, nicht aber auch darin, die sachgemäße Durchführung des Heilverfahrens zu überwachen oder gar zu garantieren. Die Kasse hat ihre Verpflichtungen zu ärztlicher Versorgung dem Kranken KM gegenüber spätestens dann erfüllt, wenn ein Arzt auf Grund des Vertrages mit der Kasse die Behandlung des KM übernimmt, ohne sein Tätigwerden an die sonst selbstverständliche Bedingung eine Honorarzahlung zu knüpfen.**

Wenn die Kasse nun in der Regel aus praktischen Gründen in ihrem Vertrage mit dem Arzt weitergeht und die gesamte ärztliche Behandlung in ihrer Durchführung zum Gegenstande der ärztlichen Leistungspflicht macht, so kann doch daraus nicht geschlossen werden, daß das auch ihrer Verpflichtung entspricht. Ihrer Verpflichtung würde die Kasse vielmehr, wie bereits oben Seite 15 ff. ausgeführt, schon dann genügen, wenn sie den Arzt lediglich dazu veranlassen würde, mit dem KM einen besonderen Vertrag zu schließen, ohne eine Gegenleistung zu verlangen[75].

Man braucht also nicht so weit zu gehen, wie die schon oben zitierte RGE 74, 103, in der gesagt ist, daß für die Kasse dann, wenn sich der Erkrankte den behandelnden Arzt selbst wählt, nur Ersatz der Auslagen in Frage komme[76], um zu dem Ergebnis zu gelangen, daß eine Verpflichtung der Kasse, für die sachgemäße Durchführung der Krankenhilfe zu sorgen, nicht besteht. Der Arzt ist also nicht, wie z. B. **Lutz Richter-Sonnenberg**[76a] schreiben, **Erfüllungsgehilfe** der Krankenkasse. Denn in dem Augenblick, wo der Arzt anfängt, tätig zu werden, ist ja die Verpflichtung der Kasse schon erfüllt.

Daraus ergibt sich, daß eine Haftung der Krankenkasse für vertragswidrige, zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen

---

[75] Vgl. RGE 74, 163; RGJW 1910, 934; 1915, S. 916.

[76] Vgl. Anm. 23.

[76a] **Lutz Richter-Sonnenberg** a. a. O. S. 5.

des Arztes, der die Behandlung übernommen hat, ausgeschlossen ist. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob eine analoge Anwendung von § 278 BGB auf das öffentlich-rechtliche Verhältnis zwischen den Kassen und ihren Mitgliedern überhaupt zulässig wäre. Ebenso dahingestellt bleiben kann aber auch die Frage einer analogen Anwendbarkeit von § 831 BGB, da mit einer solchen nichts geholfen wäre. Denn in der Regel könnte sich die Kasse schon unter Hinweis auf die ärztliche Approbation durch den Nachweis die Entlastung sichern, daß sie bei der Auswahl des Arztes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat.

Ein Anspruch des KM auf Herausgabe dessen, was die Kasse als Vertragspartnerin vom Arzt an Schadensersatz für den Schaden des KM erlangt, oder zu fordern hätte, ist aber auch sehr fraglich, da ja die Kasse einen Schaden in der Regel überhaupt nicht hat. Ein Anspruch des Versprechensempfängers auf Ersatz des Schadens des Dritten, ohne daß der Versprechensempfänger selbst dem Dritten zum Schadensersatz verpflichtet ist, ist aber nur für den Fall unbestritten, daß der Versprechensempfänger zwar im eigenen Namen, aber **für Rechnung des Dritten gehandelt hat**[77]. Das RG hat in der Entscheidung vom 4. Juni 1915 (JW 1915, 916) den Anspruch einer Kasse gegen ein Krankenhaus auf Ersatz des Schadens, den ein KM durch Verschulden einer Person des Krankenhauses erlitten hat, unter Bezugnahme auf RG 62, 334/335 und 75, 172 verneint und gelangt so mit gleicher Begründung wie hier zu dem Schluß, daß „bei dieser Sach- und Rechtslage der Zweck der Verträge zwischen den Kassen und Krankenanstalten geradezu gebieterisch die Auslegung in dem Sinne fordert, daß dem unterzubringenden Versicherten ein Rechtsanspruch auf die nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft gebotene Behandlung zustehen soll."

Aber selbst wenn ein Anspruch der Kasse auf Ersatz des Schadens des Drittens unbestritten wäre und das KM wenigstens auf dem Umwege der Zession dieses Anspruchs der Kasse zu seinem Schadensersatz kommen könnte, so wäre dieser umständliche Weg, der in jedem einzelnen Falle die schwierigsten Rechtsfragen kreuzen würde, recht unbefriedigend.

Aber nicht nur soweit der Kassenpatient einen Anspruch gegen die Kasse überhaupt nicht mehr hat, oder dieser Anspruch fraglich ist, erscheint es unbillig, ihm ein Recht gegen den Arzt vorzuenthalten. Auch so lange er noch **von der Kasse fordern kann, daß ein Arzt überhaupt tätig wird, ist es dem Zwecke der Krankenversicherung und demnach auch des KAV angemessen, daß er, sobald sein Recht auf Krankenbehandlung nach der RVO begründet ist, auch den Anspruch gegen den Kassenarzt auf Behandlung erwerben soll.** Es kann späterer Untersuchung vorbehalten bleiben, ob und in welchem Maße noch weitere unmittel-

---

[77] Vgl. Staub a. a. O. Anm. 20 zu § 383, RGZ 62, 334; 75, 172; RGJW 15, 916; weitergehend Hellwig a. a. O. I S. 82 ff. bes. 91.

bare Ansprüche des KM gegen den Arzt rechtlich begründet oder zweckmäßig erscheinen. Das Gesagte genügt, um ein Recht des Dritten auf Leistung aus dem KAV als dem Vertragszweck und den Umständen nicht nur entsprechend, sondern als unbedingt erforderlich darzutun.

Die Besonderheit, daß der Dritte nicht ein Recht auf die ganze Leistung erhält, zu der der Versprechende verpflichtet ist, steht der Annahme, daß er überhaupt ein Recht erhalten soll, nicht entgegen. So besteht auch kein Bedenken dagegen, daß eine Beschränkung des Rechtes des Dritten durch einen Vorbehalt des Versprechensempfängers insofern eintritt, als bei Erfüllung an den Dritten bestimmte Interessen des Versprechensempfängers wahrgenommen werden und dem Recht des Dritten vorgehen sollen. Der Dritte erhält sein Recht ja gänzlich ohne seine eigene Mitwirkung, ohne sein Wissen und ohne seinen Willen[78]. Gerade dies ist der Grund, weshalb die eigenartige Mischung von Rechten zweier verschiedener Subjekte an derselben Leistung viel einfacher und natürlicher in einem einheitlichen Vertrag zwischen Arzt und Kasse, als in zwei verschiedenen Verträgen zwischen verschiedenen Vertragspartnern zu Stande kommen kann. (Vgl. oben Seite 18.)

3. Teil: Entstehungszeit und Umfang des Rechtes des Dritten.

Die Frage, welcher Zeitpunkt den Umständen und dem Vertragszweck gemäß für das Entstehen des Rechtes des Dritten anzunehmen ist, kann nicht beantwortet werden, ehe festgestellt ist, wann die logischen Voraussetzungen für das Entstehen dieses Rechtes gegeben sind. Diese Voraussetzungen sind:

die Bestimmtheit des Dritten und
die Leistungspflicht des Verpflichteten.

a) Die Bestimmtheit des Dritten.

Bei einem VLD ist es nicht erforderlich, daß schon beim Vertragsschluß der Dritte fest bestimmt ist, sondern es genügt, wenn er bis zum Termin der Leistung bestimmt wird[79]. Wenn es sich um einen **berechtigenden VLD** handelt, so ist dabei aber für das Entstehen des Rechtes des Dritten selbstverständliche Voraussetzung, daß der Dritte eindeutig bestimmt ist. Dabei muß aber ausdrücklich bemerkt werden, daß die Bestimmtheit nur eine Voraussetzung ist, und daß der Eintritt der Bestimmtheit den sofortigen Erwerb des Rechtes, auch wenn die andere Voraussetzung der Leistungspflicht bereits gegeben ist, durchaus nicht nach sich zieht. In den beiden einzigen bekannten Fällen, in denen die Frage der Bestimmtheit des Dritten behandelt wurde, bei Heinemann[80] und Reinhard[81] ist dieser Unterschied nicht deutlich genug

[78] Vgl. Hellwig a. a. O. I S. 253.
[79] Vgl. Hellwig a. a. O. I S. 215.
[80] Heinemann a. a. O. I S. 248.

hervorgehoben. Beide vertreten den Standpunkt, daß der Dritte z. Z. des Vertragsschlusses nicht bestimmt, wohl aber bestimmbar sei und daß, wie Reinhard deutlicher als Heinemann sagt, „die betroffenen Versicherten im Falle ihrer endgültigen Bestimmung, d. h. wenn sie den Arzt aufsuchen, das schon im ursprünglichen, zwischen Kasse und Arzt geschlossenen Vertrag begründete Recht auf vertragsmäßige Behandlung nach § 328 BGB erwerben." Demnach ist angenommen, daß die Bestimmung des Dritten erst mit dem Augenblick eintritt, wo er selbst ein Recht geltend machen will, indem er den Arzt aufsucht. Der Dritte würde also gleichzeitig durch seine eigene Rechtshandlung (Aufsuchen des Arztes) seine Bestimmung und den Erwerb seines Rechtes herbeiführen. Das ist m. E. unhaltbar.

Es muß hier etwas weiter ausgeholt werden. Für die Bestimmung des Dritten bestehen theoretisch folgende Möglichkeiten:

Der Dritte ist entweder bestimmt, oder unbestimmt, also noch zu bestimmen. Ist er noch zu bestimmen, so kann die Bestimmung allein dem Willen des Versprechensempfängers anheim gestellt sein[82]. Sie kann aber auch von vornherein von dem Eintritt mehr oder weniger von dem Willen des Versprechensempfängers unabhängiger Ereignisse abhängig gemacht werden. Im letzten Falle ist im Vertrag ein abstrakter Tatbestand festgelegt, bei dessen Erfüllung durch das erwartete Ereignis die Bestimmung eines Dritten eintritt. Man spricht dann von einer „Bestimmbarkeit" des Dritten[83]. Heinemann und Reinhard behaupten nun, beim Abschluß des KAV seien die Dritten unbestimmt aber bestimmbar. Das ist aber nicht richtig. In § 1 der MAV[83a] heißt es:

„der Arztverein übernimmt, sowohl dem Umfang, als auch der Dauer nach, die gesamte ärztliche Versorgung, welche die in dem Bezirk wohnenden Kassenmitglieder für sich und ihre Angehörigen satzungsgemäß von der Kasse beanspruchen können." Die Dritten sind also durch die Tatbestandsmerkmale der Kassenmitgliedschaft oder deren Angehörigkeit an ein Kassenmitglied und der Wohnhaftigkeit in einem bestimmten Bezirk bestimmbar. Alle auf die diese Tatbestandsmerkmale zutreffen, sind bestimmt. Die Tatbestandsmerkmale treffen nun aber z. Z. des Vertragsabschlusses bereits auf die überwiegende Mehrzahl der in Betracht kommenden Dritten zu. Soweit das der Fall ist, sind diese Dritten also von vornherein bestimmt. Einer individuellen Aufzählung, die jederzeit möglich wäre, bedarf es nicht.

Es ist aber auch von vornherein angenommen, daß nach Vertragsschluß neue Kassenmitglieder hinzutreten und alte wegfallen werden. Hinsichtlich der voraussichtlich neu Hinzukommenden besteht somit Unbestimmtheit, aber Bestimmbarkeit. Die Bestimmung wird mit dem Augenblick des Eintritts in die Kasse

[81] Reinhard a. a. O. S. 540.
[82] Vgl. Hellwig a. a. O. I S. 221.
[83] Vgl. KRGR zu § 328.
[83a] Vgl. Anm. 17a S. 12.

herbeigeführt. Hinsichtlich aller Dritten enthält die abstrakte Bestimmtheit als Kassenmitglied logischer Weise die Folgerung in sich, daß bei Wegfall der Mitgliedschaft auch die Bestimmung als Leistungsempfänger aus dem KAV wegfällt.

Da ja die Bestimmung des Dritten an sich noch nichts mit dem Erwerb des Rechtes zu tun hat, ist nicht einzusehen, weshalb für diese Bestimmung noch andere Voraussetzungen angenommen werden sollen, als die der KAV vorsieht. Die Auffassung, daß die Bestimmung erst mit dem Aufsuchen des Arztes eintritt, wäre nun gerechtfertigt, wenn im KAV beispielsweise stände, daß der Arzt die ärztliche Behandlung derjenigen KM übernehme, die ihm im einzelnen Falle von der Kasse bezeichnet werden. Dann würde sich die Kasse für den einzelnen Fall die Willkür vorbehalten, einem KM die ärztliche Behandlung zukommen zu lassen oder nicht. Die Bestimmung würde dann durch die Kasse herbeigeführt. Für diesen Fall, der aber tatsächlich nicht vorliegt, kämen irgendwelche vertraglichen Verpflichtungen des Arztes dem KM gegenüber erst von dem Augenblick an in Frage, wo die Kasse dem Arzt das KM bezeichnet.

Da aber der KAV als Tatbestandsmerkmale für die Bestimmung ausdrücklich nur die Kassenmitgliedschaft oder Angehörigkeit an ein Kassenmitglied und die Wohnung im zuständigen Bezirk vorsieht[84], **kann man zu keinem anderen Resultat kommen, als dem, daß beim KAV die Dritten in der Regel von vornherein bestimmt, ausnahmsweise nur bestimmbar sind.** Demnach kann einem frühzeitigeren Entstehen des Rechtes des Dritten, als es von Reinhard und Heinemann angenommen wird, aus dem Grunde mangelnder Bestimmtheit kein Hindernis entgegenstehen.

b) Die Leistungspflicht des Verpflichteten.

Als weitere Voraussetzung für Entstehen und Umfang des Rechtes des Dritten ist zu prüfen, wann und in welcher Art die Leistungspflicht des Verpflichteten dem Dritten gegenüber auf Grund des Dienstvertrages eintritt. Es liegt naturgemäß in der Eigenart jeder ärztlichen Leistung, soweit sie in der Ausübung der Heilkunst besteht, daß sie an die Voraussetzungen geknüpft ist, die mit dem Worte „Krankheitsfall" gekennzeichnet sind. Beim normalen Einzelarztvertrag spielt die Frage dieser Voraussetzungen keine weitere Rolle, da ohne ihr Gegebensein ein Arztvertrag überhaupt nicht geschlossen zu werden pflegt. Anders beim KAV[85]. Der KAV verpflichtet als Dienstvertrag den Arzt schlechthin zur Leistung ohne daß die speziellen Fälle, bei denen sie zu erbringen ist, bereits feststänen. Daraus ist geschlossen worden, daß der

[84] Vgl. MAV des Hartmannbundes § 1 (abgedr. bei Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 236 ff.) und MAV von Lehmann a. a. O. 230 ff.; Zur Bedeutung des Krankenscheines s. beide MAV, § 1 bei Lutz Richter-Sonnenberg, § 10 bei Lehmann.

[85] Natürlich auch bei einem Hausarztvertrag, für den das Gesagte entsprechend gilt; vgl. dazu auch Hegener a. a. O. S. 76.

KAV ein „bedingter" Vertrag sei. Dieser Schluß ist in doppelter Hinsicht falsch. Denn einmal kommt eine Bedingtheit des KAV als solchen überhaupt nicht in Betracht, **da er weder** für den Fall einer Erkrankung eines KM geschlossen ist, und in seinen gesamten Wirkungen von dem Eintritt dieses Falles abhängig, also **supensiv bedingt ist, noch** auch für den abnormen Fall, daß der Kassenarzt überhaupt nie beansprucht werden sollte, in irgendeiner Hinsicht vor dem normalen Ende außer Kraft treten würde, **also resolutiv bedingt ist.**

Es kann daher nur die Frage sein, ob von einer Bedingtheit eines Teiles der ärztlichen Leistungspflicht gesprochen werden kann. Aber auch dies ist zu verneinen. Eine Bedingung im Sinne des Gesetzes ist eine dem Rechtsgeschäft beigefügte Nebenabrede, die den Eintritt einer rechtlichen Wirkung des Rechtsgeschäftes von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht[86]. Eine dem „Rechtsgeschäft beigefügte Nebenabrede" liegt nun beim KAV nicht vor. Es liegt vielmehr im Wesen der Leistung begründet, daß sie nur unter bestimmten Voraussetzungen vollbracht werden kann. Der KAV ist einer jener garnicht seltenen Art von Dienstverträgen, wo Gegenstand der Leistungspflicht zunächst die **Bereitschaft** zu einer Tätigkeit ist, die von bestimmten in ihr selbst liegenden Voraussetzungen abhängt, deren Eintreten nach der Wahrscheinlichkeitsrechnung zwar sicher, aber nach Zeitpunkt und Häufigkeit ungewiß ist. In solchen Fällen pflegt man nicht von einer Bedingung für die Leistungsfähigkeit zu sprechen. Die Bezeichnung der Voraussetzungen für die Leistungspflicht als Bedingung und der ärztlichen Leistungspflicht als einer „bedingten" ist daher irreführend, da sie an die Bedingungen im Rechtssinne erinnert und außerdem leicht dazu führt, zu übersehen, daß die ärztliche Leistungspflicht zum Teil ja schon in der Bereitschaft besteht und somit dauernd Erfüllung findet.

Die **Bereitschaftspflicht** ergibt sich, da der Arzt bei Eintritt der Voraussetzungen für seine eigentliche Tätigkeit zur sofortigen Leistung verpflichtet ist, aus dem Wesen des Vertrages von selbst. Denn wenn der Arzt nicht bereit ist, so kann er nicht erfüllen; wenn er nicht erfüllt, so verletzt er seine Vertragspflicht. Auch aus dem MAV[87] ist zu ersehen, daß die Bereitschaftspflicht des Arztes als selbstverständlich vorausgesetzt wird. Ob nun der Arzt verpflichtet ist, seine Sprechstunden im Benehmen mit der Kasse festzusetzen oder sie nur an die Kasse anzuzeigen, ob im Vertrag festgelegt ist, daß bei Abwesenheit ein Vertreter zu bestellen ist, oder nicht, so besteht kein Zweifel, daß er sich so verhalten muß, daß er jederzeit in der Lage ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Dabei ist allerdings die Frage, ob nun diese Verpflichtung als eine unmittelbare positive dergestalt zu betrachten ist, daß

---

[86] Vgl. KRGR Vorbem. 2 zu § 158, Warneyer Anm. 1 zu § 158.

[87] Vgl. MAV bei Lutz Richter-Sonnenberg § 6 a. a. O. Seite 236 ff.

der Kasse ein klagbarer Anspruch gegen den Arzt auf die Bereitschaft selbst zugesprochen werden kann, oder ob es nur bei einer Haftpflicht des Arztes bleibt, die für den Fall eines Verstoßes für die daraus entstehenden Folgen eintritt.

Die Antwort ist in starkem Maße durch die jeweilige Fassung des KAV bedingt. In der Regel wird jedoch, wie aus den hier zu Grunde gelegten Musterarztverträgen hervorgeht, die Bereitschaftspflicht, wenn auch nicht expressis verbis, so doch sinngemäß, aus dem KAV hervorgehen. Wenn also z. B. ein Arzt verreist, ohne einen Vertreter zu bestellen, und seine Sprechstunde nicht abhält, so hat die Kasse das Recht, ihn auf Erfüllung seiner Bereitschaftspflicht zu verklagen, u. U. auch die sofortige Kündigung auszusprechen.

Welches ist nun der Zeitpunkt, in dem die Bereitschaftspflicht in die eigentliche positive ärztliche Tätigkeitspflicht übergeht?

Nach § 182 RVO ist die Kasse „von Beginn der Krankheit an"[88] zur Gewährung von Krankenhilfe verpflichtet. Wie nun auch der MAV ausdrücklich sagt, bezweckt die Kasse durch den Vertrag mit den Aerzten, ihre Verpflichtung zur Bereitstellung ärztlicher Hilfe spätestens mit dem Augenblick ihres Entstehens auf die Aerzte abzuwälzen. Der MAV gibt keine Anhaltspunkte, daß etwa der Arzt **im einzelnen Falle** noch eine besondere Anweisung der Kasse abzuwarten hätte. Der Ausweis des Kassenmitgliedes (Krankenschein) dient lediglich zum Beweise der Mitgliedschaft, wie aus § 1 der Dienstanweisung eindeutig hervorgeht.

Nach dem KAV wäre also die einzige Voraussetzung für die Pflicht zum ärztlichen Eingreifen der Eintritt eines Krankheitsfalles im Sinne der RVO bei einem Kassenmitglied. Hierzu muß aber,wie sich aus dem höchst persönlichen Recht am eigenen Körper ergibt, noch etwas anderes kommen, nämlich der Wille des Kranken, den Arzt in Anspruch zu nehmen. Bei einem Militärarzt wäre z. B. denkbar, daß er allein auf Grund des Vorliegens einer Krankheit, die er vielleicht selbst bei dem Kranken entdeckt, ehe dieser selbst davon etwas merkt, ohne, oder sogar gegen den Willen des Kranken zum Tätigwerden verpflichtet ist. Das ist beim Verhältnis von Arzt zu Kassenmitglied natürlich ausgeschlossen. **Der Arzt kann keinesfalls gegen den Willen eines KM an diesem tätig werden oder tätig bleiben.** Aber nicht nur das; **er ist auch nicht berechtigt, für ein erkranktes Kassenmitglied tätig zu werden, ehe er dazu aufgefordert wird.** Wo die freie Arztwahl besteht, ist das schon eine logische Folge der Wahlfreiheit. Aber auch wo nur ein Kassenarzt in Betracht kommt, geht die Notwendigkeit einer Aufforderung seitens des Kranken daraus hervor, daß dieser ja nicht verpflichtet ist, sich behandeln zu lassen (wie z. B. der Soldat kraft seiner Dienstpflicht), sondern nur berechtigt.

Der Arzt muß also auf alle Fälle abwarten, bis er aufgesucht oder geholt wird[89].

[88] Vgl. Anm. 62.

[89] Es ist klar, daß auch irgendein Unbeteiligter den Arzt für das KM

Die beiden Voraussetzungen der über die Bereitschaftspflicht hinausgehenden eigentlichen ärztlichen Tätigkeitspflicht sind also

1. **die Krankheit eines Kassenmitgliedes im Sinne der RVO,**
2. **die Aufforderung zum Eingreifen von zuständiger Seite.**

Da die zweite dieser Voraussetzungen völlig dem Willen des Dritten anheimgestellt ist, ist der Arzt bereits durch den Eintritt der ersten Voraussetzung insoweit gebunden, als er eine Aufforderung zur Hilfe erwarten muß. Daher erzeugt der Eintritt der ersten Voraussetzung bereits gewisse Vorwirkungen. Worin diese bestehen, wird sich zeigen, wenn wir uns jetzt wieder der Frage nach der Entstehenszeit des Rechtes des KM zuwenden.

c) Ergebnis.

Das KM hat, wie bereits erwähnt, nach § 182 RVO von dem Augenblick der Erkrankung an einen Anspruch gegen die Kasse auf Bereitstellung der ärztlichen Hilfe. Da die Kasse diesen Anspruch auf den Arzt abgewälzt hat,ergibt sich mit Notwendigkeit, daß sie dem Kassenmitglied auch mit dem Augenblick des Entstehens des Anspruches und seiner automatischen Abwälzung auf den Arzt, **das Recht** gegen den Arzt geben wollte, sofern sich hiergegen nicht irgendwelche besonderen Gründe ergeben.

Die rechtliche Möglichkeit bestände zwar durchaus, daß das Recht des Dritten, nach dem erkennbaren Willen der Vertragsparteien, oder nach dem Zweck und den Umständen des Vertrages, erst in einem späteren Zeitpunkt zur Entstehung käme. Beispielsweise erst mit dem Augenblick einer Bestätigung seitens der Kasse, oder der Ausstellung eines Krankheitsattestes durch einen besonderen Vertrauensarzt. Aber es ist weder ein solcher Vertragswille erkennbar, noch ergeben sich Gründe, die es als zweckmäßig erscheinen lassen, einen anderen Zeitpunkt für das Entstehen des Rechtes des Dritten anzunehmen.

Damit ist aber nicht gesagt, daß ein Recht des Dritten gegen den Arzt, bezw. gegen alle Aerzte, die ihm zur Wahl stehen, nicht schon in einem früheren Zeitpunkt entstehen könnte, **soweit eine Verpflichtung** des Arztes, nämlich die zur **Bereitschaft,** schon früher besteht. Die Annahme eines solchen Rechtes des KM auf die Bereitschaft des Arztes ist aber abzulehnen. Denn wenn auch die Wirkungen der mangelnden Bereitschaft eine Schädigung des KM bedeuten, so kann doch nicht angenommen werden, daß das KM daraus in gleicher Weise wie die Kasse ein unmittelbares Recht auf die Bereitschaft des Arztes herleiten könnte. Denn das KM hat ja auch gegen die Kasse nur ein rein theoretisches und praktisch wirkungsloses Anwartschaftsrecht, solange kein Krankheitsfall eingetreten ist[90]. Außerdem hat das einzelne Kassenmitglied, so

---

holen kann, etwa als Geschäftsführer ohne Auftrag und als Vertreter ohne Vertretungsmacht.

[90] Von praktischer Bedeutung könnte ein solches Anwartschaftsrecht nur sein, wenn es sich nicht um ein rein persönliches, sondern um ein ver-

lange es nicht krank ist, gar kein Interesse an der Bereitschaft des Arztes. Mit dem Augenblick der Erkrankung wird das natürlich anders. Damit entsteht sowohl das Recht gegen die Kasse, als auch das Interesse an der Bereitschaft des Arztes.

Die Vorwirkung, die, wie oben erwähnt, mit dem Augenblick des Eintritts eines Krankheitsfalles für die Leistungspflicht des Arztes entsteht, ist also darin zu sehen, daß das KM selbst einen unmittelbaren Anspruch auf die Bereitschaft aller ihm zur Wahl stehenden Aerzte erwirbt. Hiergegen könnte man einwenden, daß es unbillig sei, dem KM damit eine bessere Rechtsstellung einzuräumen, als sie ein Privatpatient hat, der nicht gerade einen Hausarztvertrag abgeschlossen hat. Eine solche Besserstellung liegt aber nicht vor, da der Vorteil durch die Bindung des KM an die immerhin beschränkte Anzahl von Kassenärzten wettgemacht ist.

Praktisch auswirken kann sich dieses Recht des KM auf die Bereitschaft nur in einer Schadensersatzpflicht des Arztes für einen durch seine mangelnde Bereitschaft entstandenen Schaden. Eine Auswirkung im Sinne eines klagbaren Anspruches auf Bereitschaft ist im Hinblick auf die Vorbedingung eines speziellen Krankheitsfalles kaum denkbar.

Das bisherige Ergebnis der Untersuchung über das Recht des KM ist also dahin zusammenzufassen, daß **dieses Recht mit dem Eintritt des Krankheitsfalles entsteht und bis zur Ausübung des Wahlrechtes zwischen den zur Wahl stehenden Aerzten darin besteht, daß das KM von jedem zur Wahl stehenden Arzt verlangen kann, daß er binnen angemessener Frist zur Leistung bereit ist.** Welches sind nun die Folgen der Ausübung des Wahlrechts durch die Aufforderung eines bestimmten Arztes zum Eingreifen? **Aus dem gesamten Inhalt und Zweck des KAV ist zu folgern, daß das KM die Behandlung immer nur von einem Arzt verlangen kann**[91]. Es kann also nur die Frage sein, ob das KM berechtigt ist, den Arzt während der Behandlung zu wechseln. Die Frage dürfte im KAV ausnahmslos dahingehend beantwortet sein, daß ein Arztwechsel während der Behandlung ausgeschlossen ist, sofern dafür nicht besondere Gründe vorliegen. (Vgl. MAV Dienstanweisung § 8.) Bei Ueberweisung eines KM durch einen Arzt an einen anderen Arzt (z. B. einen Facharzt) liegt ein solcher Ausnahmefall vor. Soweit diese Regelung im KAV nicht ausdrücklich getroffen ist, dürfte eine Interpretierung in diesem Sinne in der Regel am Platze sein.

Grundsätzlich ist also zu sagen, daß das Recht des KM gegen die übrigen Aerzte, die ihm ursprünglich zur Wahl stehen, spätestens mit dem Augenblick verwirkt ist, wo ein anderer Arzt die Behandlung aufnimmt. Es ist aber zu fragen, ob die Bindung des

---

erbliches oder veräußerliches Recht handeln würde. Vgl. hierzu auch Hellwig I S. 213 ff.

[91] Vgl. MAV bei Lutz Richter-Sonnenberg § 7; bei Lehmann § 12.

KM an einen bestimmten Arzt nicht bereits mit der Aufforderung zum Tätigwerden eingetreten ist. Dafür spricht, daß nach erfolgter Aufforderung, die ja nur im Falle der Bestellung des Arztes in die Wohnung des KM nicht zeitlich praktisch mit dem Beginn der ärztlichen Tätigkeit zusammenfällt, eine Zeitspanne liegt, in der der Arzt durch die Aufforderung an das KM gebunden ist und daß es daher unbillig wäre, dem KM diese Bindung nicht auch aufzuerlegen. Dagegen scheint zu sprechen, daß dem KM im Falle der Nichtbereitschaft des Arztes oder im Falle seines vertragswidrigen Verzuges trotz Entgegennahme der Aufforderung, die Möglichkeit gegeben sein sollte, einen anderen Arzt zu nehmen, ohne vorher die Kasse zu fragen[92]. Diese Möglichkeit müsse dann aber genau so bestehen, wenn ein sonstiges vertragswidriges Verhalten des gewählten Arztes eintritt. Es könnte hier daran gedacht werden, daß das KM in einem solchen Falle ein der sofortigen Kündigung gemäß § 826 BGB analoges Recht hätte, von dem gewählten Arzt wegzugehen und daß es dann ohne vorherige Genehmigung der Kasse[92] einen anderen Arzt wählen könnte. Dies wäre dann zu erwägen, wenn der KAV darüber nichts vorsieht. Wenn er jedoch, wie wohl ausnahmslos, den Arztwechsel ausdrücklich an die vorherige Genehmigung der Kasse bindet, so ist anzunehmen, daß dies auch für den Fall gilt, wenn das KM der Ansicht ist, es liege eine vertragswidrige Handlung des Arztes vor. Denn die Kasse will sich ja gerade die Entscheidung darüber vorbehalten, ob eine Vertagswidrigkeit vorliegt oder nicht, da sich für die Honorarpflicht unter Umständen eine erhebliche Mehrbelastung der Kasse daraus ergibt, wenn der Arztwechsel ohne berechtigten Grund erfolgt. Im Hinblick auf diese Folgen ist auch die Annahme gerechtfertigt, daß ein Arztwechsel auch dann, wenn der KAV darüber nichts vorsieht, an die vorherige Genehmigung der Kasse gebunden ist. Was somit für eine vertragswidrige Handlung des Arztes nach der Aufnahme der Behandlung gilt, muß auch für die Zeit zwischen der Aufforderung und der Aufnahme der Behandlung gelten, da ja die Aufforderung die Verpflichtung des Arztes dem betreffenden KM gegenüber zur Entstehung bringt, der Zeitpunkt des Beginnes der Behandlung somit für das Verhältnis zwischen Arzt und KM rechtlich grundsätzlich bedeutungslos ist. **Das Wahlrecht des KM erlischt also mit seiner einmaligen Ausübung[93].**

---

[92] Der MAV bindet den Arztwechsel an eine besondere Genehmigung der Kasse, woraus übrigens hervorgeht, daß die Verpflichtung des Arztes zur Behandlung eines Kassenmitgliedes der Kasse gegenüber nicht mit dem Beginn der Behandlung durch einen anderen Arzt endgültig erloschen ist, sondern nur das Recht des Dritten. Daher kann dies von der Kasse dem KM neu verliehen werden („durch die Genehmigung"), womit auch die Verpflichtung des Arztes dem Kassenmitglied gegenüber wieder zur Entstehung gelangt.

[93] Im Anschluß hieran erhebt sich auch die Frage, welcher Art das Rechtsverhältnis der Aerzte untereinander ist. Es handelt sich hier um eine Art von unechtem Gesamtschuldverhältnis. Die Aerzte sind zwar in ein und

4. Teil: Die Unwiderruflichkeit des Rechtes des Dritten.

Es dürfte kaum einen KAV geben, der darüber eine Bestimmung enthält, ob das Recht des Dritten widerruflich oder unwiderruflich ist. Dies ist aber auch nicht notwendig. Denn angesichts der öffentlich-rechtlichen Verpflichtung der Kassen, dem KM im Krankheitsfalle die ärztliche Hilfe zur Verfügung zu stellen, dürfte die Kasse von einem etwa vorbehaltenen Widerrufsrecht doch keinen Gebrauch machen. Es kann daher ohne weiteres angenommen werden, daß das Recht des KM ein unwiderrufliches ist. Wenn also eine Kasse aus irgendeinem Grunde einem Arzt untersagen würde, ein bestimmtes KM zu behandeln, so wäre der Arzt nicht nur berechtigt, dieses Verbot zu mißachten, sondern er wäre dazu sogar verpflichtet, da das Verbot der Kasse eine unzulässige Entziehung des einmal gewährten Rechtes des KM darstellen würde. (Vgl. dazu S. 134 ff.) Die Unwiderruflichkeit des Rechtes des Dritten steht aber dem nicht entgegen, daß die Kasse auch ihrerseits das Recht behält, von sich aus die dem Dritten darzubringende Leistung des Arztes zu fordern. Nach § 335 BGB ist dies anzunehmen, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden zu unterstellen ist. Dafür besteht aber beim KAV kein Grund.

5. Teil: Die Rechtsstellung des Arztes in dem Vertrag auf Leistung an einen Dritten.

a) Die Bedeutung der Leistung an Dritte für die Rechtsstellung des Arztes.

Soweit im obigen die wesentlichen Rechtsfolgen der hier vertretenen rechtlichen Konstruktion des KAV in großen Zügen betrachtet wurden, hat sich ergeben, daß diese Konstruktion hinsichtlich der Rechtsstellung des Kassenmitgliedes zu befriedigenden Folgen führt. Nun ist aber zu fragen, ob das nicht auf Kosten der Rechtsstellung des Arztes geschieht, wie z. B. von Hegener[94] behauptet wird, der meint, daß der VLD dem Arzt nur Pflichten aufbürde, ohne ihm entsprechende Rechte zu verleihen und daß

---

derselben Weise zu **gleichartigen Leistungen** verpflichtet. Es ist aber nicht ein und dieselbe Leistung, die sie schulden. Jeder Arzt schuldet seine eigene Tätigkeit, die so sehr durch die Person des einzelnen Arztes bestimmt ist, daß man nicht schlechthin „den Begriff der ärztlichen Hilfe" als gemeinsamen Verpflichtungs- und Leistungsinhalt betrachten kann. Es mangelt also an dem für das echte Gesamtschuldverhältnis charakteristischen Erfordernis der Identität der Leistung. (Vgl. KRGR zu § 421.) Wenn trotzdem bei Erfüllung durch den einen Arzt im einzelnen Falle die Verpflichtung der anderen Aerzte wegfällt, so nicht aus rechtlichen, sondern nur aus tatsächlichen Gründen, weil die Voraussetzung der Tätigkeitspflicht, nämlich das Bedürfnis nach ärztlicher Hilfe und der Anspruch gegen die Krankenkasse, weggefallen ist. Die Kassenärzte stehen also untereinander auf Grund des KAV als Einzelvertrag in keinerlei rechtlichem Verhältnis.

[94] Hegener a. a. O. S. 85.

hierunter das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und KM leiden müsse.

Daß der KAV **als Dienstvertrag** auch der Stellung des Arztes gerecht wird und die Einwendungen unbegründet sind, die auf ein des Arztes unwürdiges **Unterordnungsverhältnis** hinweisen, ist unten dargelegt. (Vgl. S. 81 ff.) Eher ist die Frage berechtigt, ob nicht die Annahme eines **Rechtes des KM** gegen den Arzt diesen unbilligerweise belastet. Eine Unbilligkeit in dieser Hinsicht könnte nur dann angenommen werden, wenn die Rechtsstellung des Arztes an sich eine besonders schlechte, und aus diesem Grunde eine Aequivalent darin zu fordern wäre, daß die Rechtsstellung des KM ebenso schlecht sein soll. Denn die dem Arzt **gegenüber dem KM** auferlegten Pflichten sind, von der Bereitschaftspflicht abgesehen, im Grunde dieselben, wie sie der Arzt jedem Privatpatienten gegenüber hat. Durch die Einschränkungen, die der KAV macht, wird die Rechtsstellung des Arztes in dieser Hinsicht kaum berührt, und dann höchstens in einer für den Arzt günstigen Weise. Es ist aber durchaus gerechtfertigt, daß der Arzt dem KM für das haftet, was er der Kasse für das KM versprochen hat.

Welche Rechte verleiht nun der KAV **als Vertrag auf Leistung an Dritte** dem Arzt? In Betracht kommen Rechte **der Kasse gegenüber** und Rechte **dem KM gegenüber.** Hinsichtlich der Rechte der **Kasse gegenüber** steht zunächst außer Frage, was der Arzt schon auf Grund des Dienstvertrages zu fordern hat. (Vgl. hierzu S. 88 ff.) Nun bringt die Erfüllung des Dienstvertrags aber, insbesondere in der Form des Arztvertrages, gewisse Mitwirkungshandlungen des Dienstberechtigten mit sich, die nach dem Wesen **der ärztlichen Leistung bei deren Erfüllung vom Dienstberechtigten zu tätigen sind.**

Soweit diese Mitwirkungshandlungen, die in der Bereitschaft des Patienten zum Behandelnlassen, u. U. unter Bereitstellung der geeigneten Räumlichkeiten, Vorrichtungen oder Gerätschaften bestehen, nur **Voraussetzungen** der ärztlichen Tätigkeit sind, die vom Dienstberechtigten zu setzen sind, bedeutet ihre Unterlassung seitens des Dienstberechtigten, also hier des KM, nur Gläubigerverzug, der ohne weiteres gemäß § 293 ff. BGB behandelt werden kann.

Soweit es sich jedoch um **positive Vertragsverpflichtungen** des Dienstberechtigten handelt, wie sie in §§ 618 und 619 BGB ausdrücklich und unbeschränkbar zwingend festgelegt sind, deren Verletzung normaler Weise einen Schadensersatzanspruch des Arztes begründet, sind die daraus entspringenden Rechte des Arztes durch die Tatsache der Leistung an Dritte in Frage gestellt. Denn die Verpflichtungen des Dienstberechtigten, um die es sich hier handelt, können sich naturgemäß nur auf Handlungen beziehen, die im wesentlichen nicht von der Kasse, sondern nur vom einzelnen Kranken oder dessen nächsten Angehörigen vorzunehmen sind. Da nun ein **regelrechter Vertrag** zwischen Arzt und KM keines-

falls zu Stande kommt, irgendeine vertragliche Bindung des Dritten aus dem Vertrag zu seinen Gunsten als solchem aber ebenso wenig entstehen kann, muß nach einem Träger für diese Verpflichtung gesucht werden.

b) Die Rechtsstellung des Arztes dem Kassenmitglied gegenüber.

Entspricht es etwa dem Wesen des VLD, daß, wenn auch keine unmittelbare vertragliche Bindung des Dritten, so doch **bei der Erfüllung der Leistung ein vertragsähnliches Verhältnis zwischen Arzt und KM** zu Stande kommt, aus dem u. U. auch Pflichten des Dritten entstehen können?

Im KRGR (a. a. O. S. 539) wird die Ansicht vertreten, daß wenn auch kein eigentliches Vertragsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten durch dessen Forderungsberechtigung zu Stande kommt, so doch ein „vertragsähnliches, aus dem auch Pflichten des Dritten hervorgehen können, jedoch nur, falls dieser von den Rechten aus dem Vertrag Gebrauch macht." So namentlich bei einer dauernden Geschäftsverbindung die Pflicht zur Bewahrung der erforderlichen Sorgfalt. In RGJW 1913, 426, 3 bejaht das Reichsgericht ein solches vertragsähnliches Verhältnis. Es handelt sich dabei um einen VLD, der eine Akkreditierung des Dritten bei einer Bank zum Gegenstand hat, mit der der Dritte selbst in keinem Vertragsverhältnis steht. Nach Ansicht des RG hat in diesem Falle der Dritte die Pflicht, die ihm übersandten Kontoauszüge der Bank zu prüfen und gegebenenfalles der Bank davon Mitteilung zu machen, wenn Abhebungen gebucht sind, die nicht von ihm veranlaßt wurden.

Immerhin handelt es sich hier nur um einen einzelnen Fall und es kann daher dem RG nicht die Meinung unterstellt werden, daß es das Zustandekommen eines solchen vertragsähnlichen Verhältnisses zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten **bei jedem VLD** für gegeben hält, wie im **KRGR** für **jeden** Fall gefolgert ist.

Wir können es hier dahingestellt sein lassen, ob diese Folgerung für jeden Fall berechtigt ist, da eine Untersuchung des besonderen hier vorliegenden Falles ergibt, daß, **wenn überhaupt irgendwo, so gerade hier die Annahme eines quasi-kontraktlichen Verhältnisses zwischen dem Dienstverpflichteten und dem Dritten berechtigt ist.** Das Verhältnis von Arzt und Patient ist ein so enges, das seinem Wesen nach so viel gegenseitige Rücksichtnahme erfordert, daß die Bejahung eines vertragsähnlichen Verhältnisses zwischen Arzt und KM auch für den Fall erforderlich erscheint, wenn man **außerdem** noch eine Haftung der Kasse für das KM als Erfüllungsdiener annimmt.

Der **Umfang** der Verpflichtungen des KM aus diesem quasikontraktlichen Verhältnis ist naturgemäß durch den Kreis der **unmittelbaren Erfüllungshandlungen** bestimmt. Ohne daß sonst eine analoge Anwendung des Dienstvertragsrechts auf das Verhältnis zwischen Arzt und KM möglich wäre, dürfen die in Betracht kom-

menden Bestimmungen des § 618 für diese Verpflichtungen analoge Anwendung finden.

c) Haftet die Kasse dem Arzt für Verschulden des Kassenmitgliedes?

Geht etwa aus dem VLD als solchem hervor, daß der Versprechensempfänger für einen Schaden haftet, den der Dritte dem Versprechenden bei Entgegennahme der Leistung in einer Weise zufügt, die den Versprechensempfänger, wenn er die Leistung selbst entgegennähme, zum Schadensersatz verpflichten würde? Nimmt der Dritte vielleicht als solcher die Stellung eines Erfüllungsgehilfen des Versprechensempfängers hinsichtlich derjenigen Handlungen ein, die er (der Dritte) nach dem Wesen der Leistung des Verpflichteten bei ihrer Entgegennahme zu vollbringen hat? Diese Frage ist in der Literatur, soweit erfindlich, nicht behandelt. Es wird offenbar allgemein angenommen, daß sie selbstverständlich zu verneinen ist. M. E. mit Recht. Denn in der Regel wird sich der Versprechensempfänger beim VLD, auch wenn eine Gegenleistung des Dritten bei Entgegennahme der Leistung des Versprechenden notwendig ist, nicht selbst zu dieser Gegenleistung verpflichten, oder eine Art Bürgschaft für ihre richtige Vornahme übernehmen wollen, sondern es dem Risiko des Verpflichteten überlassen, sich mit dem Dritten auseinanderzusetzen. Andererseits ist aber auch kein Grund vorhanden, im einzelnen Falle, vor allem wenn es sich, wie beim KAV, um einen Dienstvertrag handelt, eine Haftung für die Handlungen des Dritten, etwa als eines Erfüllungsgehilfen des Versprechensempfängers, für ausgeschlossen zu halten. Irgendwelche gegenteiligen Meinungen sind im Schrifttum m. W. nicht geltend gemacht worden.

Es ist also zu untersuchen, ob in dem besonderen Falle des KAV eine Haftung der Kasse für das KM als Erfüllungsgehilfen berechtigt erscheint. So fremd es vielleicht anfänglich anmutet, das KM als Erfüllungsdiener der Kasse in dem Vertrage mit dem Arzt zu betrachten, so sprechen doch erhebliche Gründe für diese Annahme.

Daß das KM mit der Kasse in keinem privatrechtlichen, sondern in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis steht, ist kein Hindernis, es als Erfüllungsgehilfen der Kasse zu betrachten[95]. Daß die Kasse die Leistung auch selbst auszuführen in der Lage wäre, ist nicht erforderlich[96]. Es ist also nur zu fragen, ob es sich um eigene Verbindlichkeiten der Kasse als des Dienstberechtigten aus dem KAV handelt.

Nach dem § 618 BGB hat der Dienstberechtigte Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste

---

[95] Vgl. KRGR Anm. 3, Abs. 1 zu § 278, Warneyer a. a. O. Anm. 3 zu § 278.

[96] Vgl. KRGR Anm. 3, Abs. 3 zu § 278, Warneyer a. a. O. Anm. 1 zu § 278.

zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Es wird allgemein anerkannt, daß diese Bestimmung auch auf die Verpflichtung des Patienten dem Arzt gegenüber Anwendung findet[97]. Sofern man nun nicht annehmen will, daß die durch Verschulden des KM dem Arzt drohenden Schäden nach dem Wesen des KAV zum „Berufsrisiko" des Arztes gehören, muß die Verpflichtung aus § 618 als **eigene** Verbindlichkeit der **Kasse** angesehen werden, da ja eine Verbindlichkeit des Dritten aus dem KAV als solchem nicht entsteht. Die Annahme, es entspreche dem KAV, daß der Arzt auf eigenes Risiko handelt, erscheint insbesondere deshalb **nicht gerechtfertigt**, weil die Kasse dem Arzt zumutet, ohne Prüfung des einzelnen Falles, ohne auf den etwa unzuverlässigen Charakter eines KM, die Unordnung seiner Verhältnisse, die Unzulänglichkeit von Wohnung und allen Hilfsmitteln, Rücksicht nehmen und aus diesen Gründen eine Behandlung ablehnen zu dürfen, **jedes KM zu behandeln** und gegebenenfalls auch in seiner Wohnung aufzusuchen. Es wäre aber im höchsten Grade unbillig, bei einer solchen Bindung des Arztes, durch die ihm nicht die Möglichkeit gegeben ist, im einzelnen Falle die Eingehung eines Risikos abzulehnen, die unabdingbare Haftung aus § 618 **auf dem Wege** auszuschließen, daß die durch Verschulden des KM drohenden Gefahren **als Berufsrisiko** erklärt werden[98].

Daß endlich die etwaigen Leistungen des KM bei Entgegennahme der Leistung des Arztes **Erfüllungshandlungen** im Sinne des § 278 sind, kann keinem Zweifel unterliegen[99]. Die eine Haftung der Kasse nach § 278 begründende schuldhafte Handlung des KM muß natürlich im Rahmen der Erfüllungspflicht der Kasse vorgenommen sein[100].

Wenn man nun auch annimmt, daß das KM, wenn es vom Arzt die Erfüllung seiner Verpflichtungen verlangt, in ein vertragliches Verhältnis mit dem Arzt tritt und somit auch selbst Rechtssubjekt für die Verpflichtungen aus § 618 wird, so steht das weder rechtlich noch praktisch dem entgegen, daß außerdem eine Haftung der Kasse nach § 278 eintritt. **Rechtlich** deshalb nicht, weil die Haftung des KM ja vollkommen **selbständig** begründet wäre und dieses somit **nicht** Träger der Verpflichtungen **aus dem Dienstvertrag selbst ist.** Ein solcher Träger ist vielmehr immer noch zu suchen und kann nur in der Kasse gefunden werden. Daß ein und dieselbe Handlung des KM **gleichzeitig** eine **eigene** Ver-

---

[97] Vgl. KRGR Anm. 4 zu § 618; Hegener a. a. O. S. 72.

[98] Vgl. KRGR Anm. 4 zu § 618; a. M. Reinhard a. a. O. S. 550 der sagt, daß der Kassenarzt die Gefahr seiner Tätigkeit selbst trage.

[99] Vgl. KRGR Anm. 3, Abs. 4 zu § 278, Warneyer a. a. O. Anm. 4 zu § 278.

[100] Vgl. KRGR Anm. 4, Abs. 4 zu § 278, Plank Anm. 4 zu § 278 a. a. O., Warneyer a. a. O. Anm. 5 zu § 278.

pflichtung des KM und eine Verpflichtung der Kasse aus § 278 zur Entstehung bringt, ist unbedenklich. Es entsteht in diesem Falle ein regelrechtes echtes Gesamtschuldverhältnis von Kasse und KM den Arzt gegenüber.

Praktisch bietet die Haftung des KM aus dem vertragsähnlichen Verhältnis keinen Ersatz für die Haftung der Kasse, da das KM in der größeren Zahl der Fälle zahlungsunfähig ist.

Es ist somit der Schluß wohl begründet, daß das KM hinsichtlich der Handlungen, die es zur Tätigkeit des Arztes nach dem Wesen der ärztlichen Leistung hinzutun muß, die Stellung eines Erfüllungsgehilfen der Kasse einnimmt, und daß demgemäß die Kasse für schuldhafte Handlungen des KM in seiner Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe haftet.

Es kann für diese Folgerung außer Betracht bleiben, ob im KAV eine dem § 10 der Dienstanweisung des MAV entsprechende Bestimmung enthalten ist. (Vgl. Anm. 17a S. 12.) Es heißt da: „Die Kasse wird die Mitglieder durch die Krankenordnung zur Einhaltung der sich aus diesem Vertragsverhältnis ergebenden Verpflichtungen anhalten." Denn aus dieser Klausel kann ebensowohl ein Schluß für, als gegen die Haftpflicht der Kasse gezogen werden. Einerseits könnte man nämlich sagen, daß in dieser Verpflichtung ein Garantieversprechen enthalten sei, andererseits aber auch, daß die Kasse gerade durch diese Verpflichtung zu entsprechenden Anweisungen an ihre Mitglieder, eine Beschränkung ihrer Haftung auf die Erfüllung dieser Verpflichtungen herbeiführen wollte. Daß in dem Satz des § 10 eine ausdrückliche Anerkennung dessen liegt, daß sich überhaupt Verpflichtungen aus dem KAV ergeben, die durch das KM zu erfüllen sind, ist allerdings sicher. Aber einer solchen Anerkennung bedarf es gar nicht. M. E. müßte, sowohl um eine sonst im KAV etwa nicht begründete Haftpflicht vertraglich festzulegen, als auch um eine sonst begründete Haftpflicht auszuschließen, eine eindeutigere Vertragsklausel vorliegen, als sie dieser § 10 darstellt.

6. Teil: Die Rechtsstellung der Angehörigen eines Kassenmitgliedes.

Gemäß § 205 b RVO kann durch die Kassensatzung bestimmt werden, daß auch an solche Familienangehörige des Versicherten Krankenpflege zugebilligt werden kann, die darauf nicht anderweit nach der RVO Anspruch haben. Wenn eine Kasse von dieser Befugnis Gebrauch gemacht hat, so wird sie natürlich auch durch den KAV die Verpflichtung des Arztes auf die Behandlung dieser Familienangehörigen ausdehnen.

Es erhebt sich nun die Frage, ob diese Familienangehörigen — man denke beispielsweise an eine volljährige Ehefrau — aus dem KAV ebenso selbständig berechtigt werden, wie das Kassenmitglied selbst, oder ob nur der Versicherte für die Angehörigen ein solches Recht erwerben, oder ob für diese etwa überhaupt kein Recht aus dem Vertrag auf Leistung an Dritte entstehen soll. Die

Antwort von **Lutz Richter-Sonnenberg**[100a] ist m. E. die richtige. Der Familienangehörige erhält keinen selbständigen Anspruch gegen die Kasse — also auch nicht gegen den Arzt. Dagegen ist der Versicherte, der auch der Kasse gegenüber ein Recht auf die Behandlung seiner Angehörigen hat, auch dem Arzt gegenüber als der Berechtigte anzusehen. Nur ihm gegenüber wird der Arzt verpflichtet. Nur er tritt mit dem Arzt im Falle der Behandlung eines seiner Familienangehörigen in jenes vertragsähnliche Verhältnis, aus welchem er selbst dem Arzt gegenüber für etwaige vertragswidrige Handlungen seiner Angehörigen als seiner Erfüllungsgehilfen haftet.

Eine Haftung der Kasse für vertragswidrige Handlungen der Familienangehörigen oder deren Erfüllungsgehilfen ist dabei keineswegs ausgeschlossen, da ja auch die Familienangehörigen Dritte — wenn auch keine berechtigten Dritten — sind, für die der Arzt durch den KAV tätig zu werden verpflichtet ist.

Daß, wenn es sich um eine Verfügung über den Körper (Zustimmung zu Operationen u. ä.) eines voll geschäftsfähigen Familienangehörigen handelt, nur dessen eigener Wille und nicht der des Versicherten maßgebend ist, ist dabei klar, da es sich um ein absolutes Persönlichkeitsrecht handelt, das mit der vertraglichen Stellung seines Trägers nichts zu tun hat.

7. Teil: Schrifttum zur Frage des Verhältnisses zwischen Arzt und Kassenmitglied.

Die im Schrifttum vorhandenen Aeußerungen zu der Frage der Stellung des KM im Verhältnis zum Kassenarzt sind nicht sehr eingehend. Ihre Erwähnung und Besprechung ist deshalb, soweit sie nicht in einzelnen Fällen beiläufig geboten ist, im Interesse des systematischen Aufbaues bis an diese Stelle aufgespart worden.

Die Ansicht, daß der KAV ein berechtigender Vertrag auf Leistung an Dritte ist, wird von Hellwig[101], Heinemann[102], Reinhard[103] und vom KRGR[104] vertreten. Außerdem ist in der Rechtsprechung in RG JW 1915, 916; 4 und in RG JW 1922, 1325; 10 für die im Grunde genau gleichgelagerten Fälle der Unterbringung in einer Krankenanstalt und der Mitgliedschaft bei einem Knappschaftsverein ein Recht des Dritten angenommen worden. Zu den von den angeführten Autoren aus der Annahme eines berechtigenden VLD gezogenen Folgerungen ist noch folgendes zu sagen.

Heinemann schreibt, es vollziehe sich in dem Augenblick, wo der Arzt in Erfüllung seiner Dienstpflicht der Kasse gegenüber die Behandlung übernimmt, der endgültige Anspruchserwerb des Versicherten, und es entstehe alsdann im Rahmen des Dienst-

---

[100a] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 5, 6, 36.
[101] Hellwig a. a. O. II S. 28.
[102] Heinemann a. a. O. I S. 248.
[103] Reinhard a. a. O. S. 545.
[104] KRGR Anm. 3 zu § 328.

vertrages zwischen Kasse und Arzt ein weiteres Vertragsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Versicherten, aus welchem der Versicherte einseitig berechtigt sei. Das ist etwas unklar und in dieser Ausdrucksweise jedenfalls nicht haltbar. Denn wenn ein besonderes Vertragsverhältnis „im Rahmen des KAV" entstände, so würde, ob es sich um einen besonderen, auf Grund des KAV geschlossenen Dienstvertrag, oder nur um ein vertragähnliches Verhältnis, wie hier angenommen, handelt, **auf jeden Fall aus diesem Vertragsverhältnis auch eine Verpflichtung des Dritten** entstehen, die nur nicht die Honorarzahlung umfassen dürfte. Wozu Heinemann aber ein besonderes Vertragsverhältnis zwischen dem Arzt und dem Versicherten annimmt, wenn er nur eine **einseitige Berechtigung des Versicherten** erreichen will, ist nicht erklärt. Irgendein Recht des Arztes dem Kassenpatienten gegenüber aus dem KAV selbst scheint Heinemann ebensowenig anzunehmen, wie eine Haftung der Kasse für das KM als Erfüllungsgehilfen.

Reinhard und **Hellwig** sind der hier vertretenen Ansicht, daß dem Dritten aus dem KAV die gleichen Rechte auf vertragsmäßige Behandlung zustehen, wie er sie auf Grund eines Privatarztvertrages erworben hätte.

Einen grundsätzlich anderen Standpunkt, als er hier vertreten wird, nehmen ein: Flügge[105], Joachim-Korn[106], Hegener[107], Israel[108], Teufel[109] und Lutz Richter-Sonnenberg[110]. Die Ansicht von **Flügge, Hegener** und **Teufel**, die die Vorvertragstheorie vertreten, wurde bereits oben eingehend gewürdigt (S. 14 ff.). Die von ihnen gegen den berechtigenden VLD angeführte Einwendung, daß er dem Arzt keine angemessene Rechtsstellung verbürge, ist in dem hier vertretenen Zusammenhang gegenstandslos.

Joachim-Korn, Israel und **Lutz Richter-Sonnenberg** nehmen einen nicht berechtigenden VLD an. **Israel** führt dabei irrtümlicherweise **Hellwig** für seine Ansicht an. Den Standpunkt der drei angeführten Autoren formulieren **Lutz Richter-Sonnenberg** am treffendsten, wenn sie schreiben: „Grundsätzlich beschränkt sich das kassenärztliche Rechtsverhältnis auf Kasse und Arzt als beteiligte Rechtssubjekte und der Kassenpatient ist dabei ebenso nur Tatbestandsstück, Objekt der ärztlichen Verpflichtung, wie umgekehrt im Rechtsverhältnis des Versicherten zur Krankenkasse bei Gewährung der ärztlichen Behandlung der Arzt nur Tatbestandsstück, nur Erfüllungsgehilfe ist und gegenüber dem Behandelten nicht als Rechtssubjekt in Betracht kommt". Dieser Standpunkt ist durch die Gründe, die von den Vertretern der Vorvertragstheorie vorgebracht werden und die oben (S. 16 f) zitiert

---

[105] Flügge a. a. O. S. 78.
[106] Joachim Korn a. a. O. S. 108, 116.
[107] Hegener a. a. O. S. 85 ff.
[108] Israel a. a. O. S. 32.
[109] Teufel a. a. O. S. 78.
[110] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 4 ff.

sind, ebenfalls als unbefriedigend genügend gekennzeichnet. Durch diese Konstruktion ist weder für das KM, noch für den Arzt eine ausreichende Rechtsstellung gewährleistet, zumal da die Ansicht von **Lutz Richter-Sonnenberg**, die den Arzt als Erfüllungsgehilfen betrachten, nicht haltbar ist (vgl. S. 32).

IV. Kapitel: Zusammenfassung.

Die gewonnenen Einzelergebnisse der obigen Untersuchungen ergeben zusammengefaßt folgende Bestimmung des rechtlichen Wesens eines Kassenarztvertrages:

1. Er ist ein Dienstvertrag zwischen der Kasse als Arbeitgeberin und dem Arzt als Arbeitnehmer.
2. Er hat eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand und fällt daher unter die Bestimmungen des § 675 BGB.
3. Er ist ein berechtigender Vertrag auf Leistung an einen Dritten, aus dem das Kassenmitglied unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Rechtsansprüche gegen den Arzt erwirbt.

Außerdem weist der KAV folgende Besonderheiten auf:

4. Er führt, wenn ein Kassenmitglied die Hilfe des Arztes in Anspruch nimmt, zu einem vertragsähnlichen Verhältnis zwischen dem Arzt und dem Kassenmitglied, aus dem auch Pflichten des Kassenmitglieds entspringen.
5. Er begründet eine Haftung der Kasse für vertragswidrige Handlungen, die das Kassenmitglied als Erfüllungsgehilfe der Kasse hinsichtlich der Verpflichtungen aus § 618 BGB begeht.

ANHANG ZUM ALLGEMEINEN TEIL.

1. Die Rechtsstellung des in einem Ambulatorium angestellten Arztes.

Während die vielumstrittene Frage nach der Zulässigkeit von Ambulatorien hier nicht zu behandeln ist, sei die Rechtsstellung des in einem Ambulatorium angestellten Arztes noch kurz der des freitätigen gegenübergestellt. Die Stellung dem Ambulatorienarztes ist der eines Krankenhausarztes zu vergleichen. Da er sich in einen Organismus einfügen muß, steht er natürlich in einem viel stärkeren Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Arbeitgeber als der freitätigen gegenübergestellt. Die Stellung des Ambulatorien- Direktionsrecht der Kasse oder der von der Kasse zur Leitung des Ambulatoriums beauftragten Person unterworfen. Er muß grundsätzlich auch nachträgliche Weisungen befolgen, was beim freitätigen Kassenarzt, wie unten S. 81 f dargelegt, nicht der Fall ist.

Es ist verschiedentlich die Frage erörtert worden, ob der Ambulatorienarzt der Dienstordnung der Kasse unterstellt werden kann. Das ist mit Recht verneint worden, im Gegensatz zu der Stellung eines solchen Arztes, der überhaupt nicht in seiner Eigenschaft als Arzt, sondern lediglich „zur Erledigung innerdienstlicher Verwaltungsaufgaben" bestellt ist[110a]. Der Ambulatorienarzt ist im-

[110a] Vgl. Lehmann a. a. O. S. 25, 26.

mer noch als Arzt angestellt, der wenigstens hinsichtlich der rein fachärztlichen Entscheidung selbst verantwortlich handelt, oder doch nur den Weisungen eines vorgesetzten Arztes, niemals aber der Kasse unterstellt ist. Schon rein formalrechtlich ist die Unterstellung des Ambulatorienarztes unter die Dienstordnung der Kasse dadurch ausgeschlossen, daß seine Rechtsbeziehungen mit der Kasse gemäß § 368 RVO zu regeln sind.

Im Verhältnis zum Kranken ist der Ambulatorienarzt in der Tat das, was Lutz Richter-Sonnenberg im Gegensatz zum Verfasser auch vom freitätigen Kassenarzt sagen: Nur Erfüllungsgehilfe. Er steht in keinerlei rechtlicher Beziehung zum Kassenmitglied, das er behandelt. Die Annahme eines berechtigenden Vertrags auf Leistung an einen Dritten ist in diesem Falle nicht am Platze, da der Kranke, der ins Ambulatorium kommt, nicht zum Arzt persönlich kommt, sondern unmittelbar zur Kasse, die ihm den Arzt zuweist, auch wenn sie ihm ausnahmsweise die Wahl zwischen einigen wenigen Aerzten läßt. Der Arzt hat die Stellung eines Erfüllungsgehilfen der Kasse, obwohl die Kasse nicht verpflichtet ist, Behandlung im Ambulatorium zu gewähren, und obwohl die Verpflichtung der Kasse an sich schon mit der Gestellung eines Arztes erfüllt ist. Denn wenn die Kasse die Erfüllung ihrer Verpflichtung zur Gestellung eines Arztes nicht auf dem normalen Wege der Verpflichtung eines freitätigen Kassenarztes gewährt, sondern an Bedingungen bindet, die eine verstärkte Abhängigkeit des Kassenmitgliedes von den Leistungen der Kasse mit sich bringen, so kann sie natürlich die Haftung nicht auf den Arzt abwälzen.

Aus diesen Gründen sind die sämtlichen für den Typ des Vertrags mit dem freitätigen Kassenarzt aufgestellten Behauptungen und gezogenen Folgerungen auf den Vertrag zwischen Kasse und Ambulatorienarzt nicht anwendbar, soweit das rechtliche Wesen des Kassenarztvertrages in Betracht kommt. Nur in dem einen stehen sich beide Vertragstypen gleich, nämlich daß es sich um einen Dienstvertrag handelt.

Dagegen gelten die im öffentlichen Recht begründeten Bestimmungen und Folgerungen für Zustandekommen und Beendigung eines Kassenarztvertrages auch für den Ambulatorienarzt.

2. Die Rechtsstellung des Vertrauensarztes.

Noch entfernter von der hier dargestellten Art des Kassenarztvertrages, als der Ambulatorienarzt, ist der Vertrauensarzt. Seine Stellung ist dadurch gekennzeichnet, daß er keine eigentliche ärztliche Heiltätigkeit entfaltet, sondern nur eine kontrollierende diagnostische Tätigkeit, die in rein wirtschaftlichen Motiven begründet ist. Irgendwelche Beziehungen zum Kassenmitglied kommen bei ihm daher überhaupt nicht in Frage. Seine Stellung zur Krankenkasse interessiert daher hier auch nicht weiter.

B. Besonderer Teil.

I. Kapitel: Zustandekommen und Beendigung eines Kassenarztvertrages.

1. Teil: Vorbemerkungen.

a) Kassenarztvertrag und Arbeitsrecht.

Während der KAV in seinem Wesen und seinen Auswirkungen nur nach privatrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten ist, ist er hinsichtlich seines Zustandekommens, seines Inhaltes und seiner Gültigkeitsdauer in starkem Maße durch Vorschriften des öffentlichen Rechtes bedingt. Es ist bereits in Kapitel 2 der Einleitung darauf hingewiesen, wie der Kampf zwischen Aerzten und Kassen immer mehr darauf hingedrängt hat, einerseits durch kollektiven Zusammenschluß und andererseits durch gesetzliche Regelung einen einigermaßen befriedigenden Ausgleich der entgegengesetzten Interessen herbeizuführen.

Die Tendenz des kollektiven Zusammenschlusses hat die Entwicklung des KAV in ein Fahrwasser gelenkt, das dem des arbeitsrechtlichen Tarifvertrages im wesentlichen parallel verläuft. Angesichts dessen ist die Frage aufgeworfen worden, ob der KAV nicht überhaupt arbeitsrechtlichem Tarifrecht zu unterstellen ist. Diese Frage wird von der herrschenden Meinung mit Recht verneint. Und zwar einmal grundsätzlich deshalb, weil die Aerzte ihrem Stand und der Art ihrer Tätigkeit nach, soweit sie nicht in einem Ambulatorium angestellt, sondern frei tätig sind, nicht als „Arbeiter" oder „Angestellte" im Sinne des allgemeinen Arbeitsrechts zu betrachten sind (wohl dagegen als „Arbeitnehmer" im weiteren Sinne[111]). Diese Meinung vertreten Bischofswerder[112], Jakobi[113], Kaskel[114], Lutz Richter-Sonnenberg[115], Heinemann[116] und Reinhard[117]. **Jakobi** meint allerdings, kassenärztliche Kollektivverträge seien, wenn die Aerzte „Arbeitnehmer" sind, auch dem Tarifrecht unterworfen. Wann aber die Aerzte als „Arbeitnehmer" zu betrachten sind, sagt er nicht. Er meint offenbar Arbeitnehmer im engeren Sinne[117a], und damit speziell den im Ambulatorium angestellten Arzt. Sodann aber sind die wesentlichsten Teile des Arbeitsrechtes, darunter insbesondere das Tarifrecht, schon deshalb für den KAV und den kassenärztlichen Kollektivvertrag nicht anwendbar, weil das Recht des kassenärztlichen Vertrages durch die „Verordnung über Aerzte und Krankenkassen" vom 30. Oktober 1923, die inzwischen in Gestalt der §§ 368 a-t in die RVO eingegliedert wurde, eine Sonderregelung erfahren hat.

---

[111] Vgl. oben S. 19 und Lutz Richter II a. a. O. S. 204.

[112] Bischofswerder a. a. O.

[113] Jakobi a. a. O.

[114] Kaskel a. a. O. S. 32 ff.

[115] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 12, 68, 69.

[116] Heinemann a. a. O. I S. 249.

[117] Reinhard a. a. O. S. 548, 550.

[117a] Nämlich im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes. S. nächste Seite.

Auch das **Arbeitsgericht** ist nicht zuständig für Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis der frei tätigen Kassenärzte. Wenn allerdings **Flatow und Joachim** in ihrem Kommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz[118] die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts mit der Begründung verneinen, daß der Kassenarzt nicht Arbeitnehmer der Kasse sei, da es „an der auf Dauer berechneten rechtlichen Verpflichtung zur Leistung von Arbeit für die Kasse fehle", so muß dem unter Hinweis auf die obigen Ausführungen im allgemeinen Teil widersprochen werden. Die Begründung für die Nichtzuständigkeit des Arbeitsgerichtes dürfte vielmehr darin zu suchen sein, daß der frei tätige Kassenarzt, als selbständiger Angehöriger eines freien Berufes, nicht als **Angestellter** bezeichnet werden kann. Da die einzelnen Aerzte **nicht Arbeitnehmer im Sinne des Arbeitsgerichtsgesetzes** sind, ist auch der kassenärztliche Kollektivvertrag kein Tarifvertrag im Sinne dieses Gesetzes und somit ist auch für Streitigkeiten aus diesem keine Zuständigkeit des Arbeitsgerichts begründet (vgl. auch Bischofswerder i. AeV 1927[119]); a. M. Potthoff i. AeM. 1927[120].

Trotzdem also der KAV auch als Kollektivvertrag eine Sonderstellung gegenüber dem Arbeitsrecht einnimmt, besteht eine so enge Verwandtschaft mit diesem, daß insbesondere die arbeitsrechtliche Terminologie nicht zu entbehren ist.

b) Berliner Abkommen und RVO.

Die Bestimmungen der §§ 368 a-t RVO sind nun allerdings in vieler Hinsicht nicht eindeutig. Es ist infolgedessen in Wissenschaft und Praxis eine Reihe der, sowohl im Erfolg, als auch in der Begründung, widersprechendsten Auslegungen einzelner wichtiger Bestimmungen erfolgt.

Die „VO über Aerzte und Krankenkassen", der die §§ 368 a-t der RVO entsprechen, geht im wesentlichen auf Rechtseinrichtungen zurück, die zehn Jahre zuvor im Berliner Abkommen erstmals aufgetaucht sind. Es ist daher natürlich, wenn in der Auslegung zweifelhafter Bestimmungen der § 368 a-t RVO häufig auf das Berliner Abkommen zurückgegriffen wird. Darin liegt jedoch die eine Gefahr, daß übersehen oder nicht genügend berücksichtigt wird, daß in den 15 Jahren seit dem Abschluß des Berliner Abkommens eine nicht unwesentliche Wandlung der Voraussetzungen eingetreten ist, von denen das Berliner Abkommen ausgeht. Es handelt sich hier vor allem um die zunehmende Einführung des Kollektivvertrages.

Während Lutz Richter-Sonnenberg (a a. O, S. 65 und 72) annehmen, daß das BA die allgemeine Einführung des Kollektivvertrages bereits vorausgesetzt habe, und demgemäß unterstellen, daß die gesamten Bestimmungen des BA auf dasselbe Verhältnis

---

[118] Flatow und Joachim a. a. O. Anm. 1 zu § 5, S. 73.
[119] Bischofswerder a. a. O. II S. 121.
[120] Potthoff in ärztl. Mitteilungen 1927, S. 69.

von Einzelarztvertrag und Kollektivvertrag abgestellt sind, wie es heute herrscht und auch in der RVO zugrunde gelegt wird, behauptet **Bischofswerder** (a. a. O. S. 269), daß das BA den Kollektivvertrag überhaupt nicht kenne. Bei näherer Betrachtung der in Frage stehenden Bestimmungen des BA, insbesondere Artikel 3, 4 und 5 und Absatz 2 der Ausführungsbestimmungen über Bildung und Tätigkeit des Vertragsausschusses zeigt sich nun, daß der Kollektivvertrag in der heute üblichen Form im BA nicht als die Regel vorausgesetzt sein kann. Im BA ist zwar eine Mitwirkung einer ärztlichen Vereinigung beim Zustandekommen der Einzelarztverträge angenommen, aber nur in Gestalt einer **vorbereitenden Einflußnahme** auf die Gestaltung dieser Verträge, **nicht aber in Gestalt eines Normenvertrags**, bei dem die ärztliche Vereinigung **selbst** als Vertragspartner auftritt. Das ergibt sich insbesondere aus Artikel 3 des BA, wo es, wenn an einen Kollektivvertrag gedacht gewesen wäre, nicht heißen würde: „Die Art der Vergütung der ärztlichen Leistung wird der Regelung durch die **Einzelarztverträge** überlassen, sondern „wird den **Kollektivverträgen** überlassen" oder mindestens „wird der vertraglichen Vereinbarung überlassen" oder eine ähnliche Fassung. Denn es kann wohl nicht die Absicht des BA gewesen sein, **für jeden** Einzelarztvertrag eine besondere Regelung der Bezahlungsart zu treffen. Da man aber den Kollektivvertrag nicht in Betracht zog, blieb nur der Einzelarztvertrag als Möglichkeit verbindlicher Festlegungen einer Bezahlungsart zu nennen. Da man natürlich vermeiden wollte, daß nun in jedem Einzelarztvertrag eine **besondere** Regelung der Beziehungen zwischen Arzt und Kasse getroffen wird, schuf man den Vertragsausschuß, der unter Mitwirkung beider Vertragsparteien — und hier war an die Mitwirkung der ärztlichen Vereinigung als Vertreterin der Interessen der Aerzte gedacht — **einmal** eine Norm aufstellen sollte, nach der später jeder einzelne Individualvertrag zu formen war.

Damit war eine den Bedürfnissen der Lage entsprechende Einheitlichkeit in der Gestaltung der Einzelarztverträge gewährleistet und eine unwürdige Unterbietung verhindert.

Es erscheint bei dieser Sachlage als sehr gesucht und unwahrscheinlich, daß im Artikel 4 des BA, wo es heißt, daß dem Vertragsausschuß „die Vorbereitung der **Arztverträge** obliegt" und in Absatz 2, daß „die Verträge selbst zwischen der Kasse und dem einzelnen Arzt geschlossen werden", im ersten Falle mit „den Arztverträgen" der Kollektivvertrag, und im zweiten Falle die Einzelarztverträge gemeint sein sollen, wie Lutz Richter-Sonnenberg (a. a. O. S. 65) ausführen. Ebenso verhält es sich mit dem, was aus Ziff. 2 der Ausführungsbestimmungen für die Bildung und Tätigkeit des Vertragsausschusses[121] hervorgeht. Denn da heißt es in Absatz 1: „Die Kassen und ihre Aerzte sind berechtigt, über Vertragsbedingungen zu verhandeln und das Ergebnis dieser Ver-

[121] Abgedr. bei Lehmann S. 186 ff.

handlungen dem Vertragsausschuß als Vertragsgrundlage zu unterbreiten", und in Absatz 2: „der **Wortlaut des Vertrages** wird vom Vertragsausschuß festgestellt. Die **Verträge selbst** werden zwischen der Kasse oder dem Kassenverbande und dem einzelnen Arzte geschlossen.

Aus Absatz 1 geht also hervor, daß eine Organisation der Kassenärzte vorausgesetzt ist, da es wohl als ausgeschlossen betrachtet wurde, daß sämtliche einzelnen Kassenärzte berechtigt sein sollten, mit der Kasse über Vertragsbedingungen zu verhandeln. Man hat also angenommen, daß die Aerzte Vertreter entsenden. Dazu mußten sie sich aber organisiert haben. Nun braucht aber eine kassenärztliche Organisation noch lange keinen Kollektiv-, vertrag zu schließen. Der Kollektivvertrag wird hier vielmehr gerade ersetzt durch den Vertragsausschuß, den man wahrscheinlich gar nicht geschaffen hätte, wenn der Kollektivvertrag als allgemein üblich vorausgesetzt worden wäre. Denn der Vertragsausschuß ist ja vollkommen überflüssig, wo ein Kollektivvertrag zustande kommt, der sich, wie in der Regel üblich, auf dasselbe Gebiet erstreckt, für das der Vertragsausschuß zuständig ist. Denn ob die Kollektivvertragsparteien allein verhandeln, oder unter Mitwirkung eines paritätischen Ausschusses, der aus ihnen selbst gewählt ist, also gar keine übergeordnete Instanz darstellt, ist vollkommen gleichgültig. Anders dagegen, wenn **nur** Einzel- oder neben dem Kollektivvertrag **auch** Einzelarztverträge geschlossen werden, oder mehrere selbständige Kollektivverträge für den Bezirk eines Vertragsausschusses. Denn in diesem Falle ist stets die Tendenz zur allzu starken Individualisierung der einzelnen Verträge vorhanden und die Möglichkeit gegenseitiger Unterbietung nicht ausgeschlossen. Dem sollte eben dadurch entgegengearbeitet werden, daß vom Vertragsausschuß ein Wortlaut festgesetzt wird, der dann den einzelnen Verträgen zu Grunde zu legen ist. Und zwar ohne jeden Zwang und ohne daß es beim Abschluß des Einzelvertrages eines nochmaligen Eingreifens des Vertragsausschusses bedürfte, einfach aufgrund der Voraussetzungen, daß sowohl die Kassen sich um des Friedens willen hüten werden, in unangemessener Weise von dem vom Vertragsausschuß festgelegten Arztvertrag abzuweichen, als auch, daß die ärztliche Standesdisziplin ausreicht, um standesunwürdige oder unkollegiale Sonderabmachungen zu verhüten[121a]. Im übrigen bestand ja auch die Bindung durch das BA selbst, als einen Vertrag zwischen den beiderseitigen Hauptorganisationen der Kassen und der Aerzte.

Wenn also **Lutz Richter-Sonnenberg** meinen, die Terminologie des BA sei unklar, so dürfte diese Meinung doch darauf beruhen, daß sie die inzwischen eingetretene Aenderung der tatsächlichen

---

[121a] Dies gilt natürlich nur für das BA, als privatrechtlichen Vertrag. Seit Erlaß der VO über Aerzte und K.-Kassen ist ein von der Norm des VA abweichender Vertag nichtig. (Vgl. unten S. 114 ff.)

[121b] Vgl. Anm. 139.

Verhältnisse nicht genügend berücksichtigen. Denn wenn man von den richtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, ist die Terminologie des BA klarer, als die der Verordnung über Aerzte und Krankenkassen, die den Kollektivvertrag zweifellos voraussetzt, aber im einzelnen nur sehr mangelhaft oder überhaupt nicht zwischen ihm und dem Individualantrag unterscheidet, woraus sich vor allem die außerordentliche Verwirrung auf diesem Rechtsgebiet erklärt.

Von der Art der Mitwirkung der ärztlichen Vereinigung beim Vertragsschluß, wie sie das BA vorsieht, bis zu dem eigentlichen Kollektivvertrag ist allerdings nur ein tatsächlich sehr kleiner, aber rechtlich sehr bedeutsamer Schritt. Daß er allenthalben sehr bald getan wurde, ist daher im Hinblick auf den sonstigen raschen Durchbruch des Kollektivvertragsgedankens kein Wunder. Als die zehn Jahre dauernde Gültigkeit des BA abgelaufen war, und die Verordnung über Aerzte und Krankenkassen das neue Recht brachte, war der kassenärztliche Kollektivvertrag zur Selbstverständlichkeit geworden. Daneben bestand aber und besteht auch heute noch der reine Individualvertrag weiter, sei es in der vom BA als Regel angenommenen Form, also unter Mitwirkung der ärztlichen Vereinigung bei seiner Aufstellung, sei es ausnahmsweise auch (in kleinen Bezirken) ohne eine solche freiwillige Mitwirkung. Die Unklarheit, die bei der Verordnung über Aerzte und Kassen hinsichtlich der Unterscheidung zwischen Einzel- und Kollektivvertrag zu beklagen ist, beruht nun offenbar darauf, daß diese VO in wesentlichen Teilen einfach dem BA nachgebildet ist, ohne in Betracht zu ziehen, daß das BA von anderen tatsächlichen Grundlagen ausgegangen war.

Bei dieser Sachlage ist es klar, daß man mit einer streng wörtlichen Auslegung des Gesetzeswortlautes nicht zu einer befriedigenden Lösung, sondern von einem Widerspruch zum anderen kommt. Man muß daher hier, mehr als es sonst üblich und angebracht ist, in Zweifelsfällen Zweck und Geschichte des Gesetzes berücksichtigen.

2. Teil: Der Kollektivvertrag zwischen Aerzten und Krankenkassen.

a) Der Kollektivvertrag als Normenvertrag.

Der kassenärztliche Kollektivvertrag unterscheidet sich seiner Art nach nicht von einem normalen Tarifvertrag. Er ist ein „Normenvertrag" im Sinne von Hueck[122]. Er zerfällt, wie jeder Tarifvertrag, in einen **obligatorischen** und in einen **normativen** Teil. Die Wirkung des **obligatorischen** Teils sind die eines normalen bürgerlich-rechtlichen zweiseitigen Vertrages. Sie bestehen in den Verpflichtungen, die den Vertragsparteien selbst, also der Aerzteorganisation auf der einen, der Kasse oder Kassenorganisation auf der anderen Seite unmittelbar erwachsen, sowie in den Bestim-

[122] Hueck a. a. O. S. 53 ff.

mungen über Dauer, Kündigung, Ausschluß des Rechtsweges u. ä. Mit jedem Tarifvertrag gemeinsam hat der kassenärztliche Kollektivvertrag insbesondere die **Friedenspflicht** zur Folge, die aus dem Wesen des Kollektivvertrages dieser Art hervorgeht und darin besteht, jeden organisierten Arbeitskampf über tariflich geordnete Fragen für die Dauer des Tarifvertrages zu unterlassen[123].

Der **normative Teil** bestimmt den Inhalt von Verträgen, die zwischen dem einen Vertragspartner (der Kasse) und einem Dritten, dem Kassenarzt, oder wenn eine Kassenvereinigung als Vertragspartner des Kollektivvertrages auftritt, zwischen zwei Dritten abzuschließen sind. Wirkungen hat er also nur in dem Vertrag zwischen diesen Dritten, sofern ein solcher zu Stande kommt.

Lutz Richter-Sonnenberg[124] erwähnen hierzu, daß auch der Fall denkbar sei, daß im Kollektivvertrag unmittelbar alle Mitglieder der ärztlichen Organisation zur Tätigkeit für die Kasse zugelassen werden. Dann bedürfe es keines weiteren Vertragsabschlusses und die individuellen Rechtsverhältnisse würden ohne weiteres durch die Tätigkeit eines so beteiligten Arztes ausgelöst. Das ist nur dann befriedigend, wenn die vertragschließende Partei auf ärztlicher Seite bevollmächtigt war, in Vertretung der einzelnen Aerzte zu handeln, oder wenn eine gesamtschuldnerische Verpflichtung der einzelnen Aerzte als Gesellschafter einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft zustande kommt[125].

Andernfalls ist ein besonderer Einzelvertrag unerläßlich, der aber allerdings auch durch schlüssige Handlung abgeschlossen werden kann[126].

b) Wirkungen auf die mittelbar Beteiligten.

Da eine Anwendung des Tarifrechts auf den KAV nicht in Frage kommt, ist zu untersuchen, ob die dem arbeitsrechtlichen Tarifvertrag anhaftenden charakteristischen Wirkungen etwa auf Grund der RVO oder anderer gesetzlicher Vorschriften auch dem kassenärztlichen Tarifvertrag eigen sind.

Lutz Richter-Sonnenberg[127] vertreten die Ansicht, daß die Bestimmungen des Kollektivvertrages im Individualvertrag zwischen Arzt und Kasse Anwendung finden, ohne daß es zwischen diesen beiden einer dahingehenden Abmachung bedarf, **automatische Wirkung**). Es heißt da: „Einzelarztverträge, die bei Inkrafttreten des Kollektivvertrages etwa von früher her bestehen, werden ohne weiteres durch dessen Bestimmungen abgeändert. Neu abgeschlossene Einzelarztverträge haben den im Kollektivvertrag vorgesehenen Inhalt, auch wenn er nicht in sie aufgenommen wird. Diese Wirkung des kassenärztlichen Kollektivvertrages ist ihm

[123] Vgl. Kaskel a. a. O. S. 15 und 318, Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S 69, Heinemann a a. O. V.

[124] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 70.

[125] Vgl. unten S. 66, insbes. 89.

[126] Vgl. unten S. 65/66.

[127] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 70.

wesensnotwendig; ohne sie hätte er keinen Zweck. Die Richtlinien für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge bringen in Ziff. 3 Abs. 3 im Text des Verpflichtungsscheines diese Wirkung zum Ausdruck[128]: „β) Darüber hinaus wirkt der normative Teil des Kollektivvertrages auf die Individual-Verhältnisse **unabdingbar.** Die Unmittelbarkeit des Kollektivvertrages allein würde nicht genügen, um den Sinn des kassenärztlichen Kollektivvertrages zu verwirklichen, wenn nicht auch die nachträgliche Beiseiteschiebung seiner Bestimmungen durch die Einzelvertragsparteien unmöglich wäre." Weiter unten wird diese Unabdingbarkeit sogar als eine stärkere als im Tarifvertrag dahin interpretiert, daß auch eine Abänderung **zu Gunsten** eines Arztes nicht zulässig sei, „da für den kassenärztlichen Kollektivvertrag dazu jeder Anhalt im Gesetz fehle".

Damit sprechen **Lutz Richter-Sonnenberg** dem kassenärztlichen Kollektivvertrag eine noch über die eines für **allgemein verbindlich** erklärten Tarifvertrages **hinausgehende** Wirkung zu. Nach der allgemeinen Fassung „Einzelarztverträge, die bei Inkrafttreten von früher her bestehen", ist anzunehmen, daß **Lutz Richter-Sonnenberg** auch **solche** Einzelarztverträge meinen, die von **Außenseitern,** also Nichtmitgliedern der vertragschließenden Vereinigungen geschlossen sind. Bei einem normalen Tarifvertrag kann nun die Verbindlichkeit für solche Außenseiter nur durch den gesetzlich begründeten staatlichen Hoheitsakt der Allgemeinverbindlichkeitserklärung erreicht werden[129].

Etwas derartiges gibt es für den kassenärztlichen Kollektivvertrag nicht. Trotzdem und dazu noch ohne diesen besonderen **tatsächlichen Akt** der Allgemein-Verbindlichkeitserklärung, über dessen rechtliche Begründung durch analoge Anwendung des Tarifvertragsrechts man vielleicht noch streiten könnte, legen **Lutz Richter-Sonnenberg** dem kassenärztlichen Kollektivvertrag offenbar diese Wirkung bei. Das ist aber m. E. von vornherein als ein durch keinerlei gesetzliche Bestimmung begründeter Eingriff in das private Vertragsrecht abzulehnen. Denn selbst wenn es zuträfe, daß der kassenärztliche Kollektivvertrag ohne diese Wirkung überhaupt keinen Zweck hätte, wäre das kein Rechtsgrund, ihm eine solche öffentlich-rechtliche Wirkung beizulegen.

Es muß auch verneint werden, daß ein Individualvertrag, der nach Abschluß des Kollektivvertrages zwischen der hierdurch gebundenen Kasse und einem **Außenseiter** zustande gekommen ist, ohne weiteres den im Kollektivvertrag festgesetzten Inhalt haben würde.

Es ist natürlich ganz etwas anderes, ob die Kasse sich im Kollektivvertrag verpflichtet, Verträge mit Außenseitern überhaupt nicht oder nur nach den Normen des KAV abzuschließen, oder ob sie sich verpflichtet, bereits abgeschlossene Verträge mit Außen-

---

[128] Vgl. MAV bei Lutz Richter-Sonnenberg § 1. (Siehe Anm. 17a, S. 12.)
[129] Vgl. Kaskel a. a. O. S. 18.

seitern den Normen des KAV anzupassen. Das wäre aber nur eine obligatorische Verpflichtung der Kasse, die sie nur erfüllen könnte, wenn der Außenseiter zustimmt.

Während also die **Wirkung der Allgemeinverbindlichkeit** auf jeden Fall abzulehnen ist, ist die Frage darauf zuzuschneiden, ob die **Wirkung der Unabdingbarkeit** und der **automatischen Geltung** den „Beteiligten", d. h. den Angehörigen der vertragschließenden Organisationen gegenüber, begründet ist.

Lutz Richter-Sonnenberg begründen die von ihnen behauptete Unabdingbarkeit mit folgendem:

1. Die Unmittelbarkeit der Wirkung (automatische Wirkung) allein würde nicht genügen, um den Sinn des kassenärztlichen Kollektivvertrages zu verwirklichen.
2. Die Unabdingbarkeit folge aus der nahen Verwandtschaft mit dem Tarifrecht.
3. Sie folge aus § 368 r RVO, dessen Absatz 3, wo von einer „für den Arzt nach Absatz 1 bindenden Entscheidung" die Rede ist, bestätige, daß unter den „beiden Teilen" für die nach Absatz 1 die Entscheidung des Schiedsamtes „bindend" ist, **auch die Aerzte selbst**, nicht nur ihre vertragschließende Vereinigung verstanden sei.

Auf den letzten Grund, als den schwerwiegendsten, sei zuerst eingegangen. § 368 RVO sagt in Absatz 1 „die Entscheidungen des Schiedsamtes sind für **beide Teile** bindend", in Absatz 3 „kommt ein Arzt einer für ihn bindenden Entscheidung **ohne einen in seiner Person liegenden von den Vertragsbedingungen unabhängigen wichtigen Grund** nicht nach, so kann ihn das Schiedsamt auf Antrag der einen Partei für eine Dauer bis zu 5 Jahren von der Zulassung bei allen Kassen des Schiedsamtes oder einen Teil derselben ausschließen. **Der Antrag kann auch von einer geschädigten Kasse, die nicht Partei gewesen ist, sowie von der ärztlichen Vereinigung, die Partei gewesen ist und welcher der Arzt angehört, gestellt werden**".

Daraus ergibt sich also

1. für einen Arzt kann eine Entscheidung des Schiedsamtes bindend sein,
2. für einen Arzt kann auch eine solche Entscheidung bindend sein, die über einen Vertrag gefällt wurde, **bei dem der Arzt selbst garnicht Partei gewesen ist**, sondern nur die Vereinigung, der er angehört.
3. Der Arzt braucht einer solchen Entscheidung nicht nachzukommen, wenn er einen in seiner Person liegenden, von den Vertragsbedingungen unabhängigen wichtigen Grund hat.

Daß § 368 r sich jedenfalls auf Entscheidungen in einem Streit über die **„Bedingungen eines (erst abzuschließenden) Arztvertrages"** im Sinne von § 368 m Abs. 1 RVO bezieht, ist außer Zweifel[130].

---

[130] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 99 ff., Lehmann a. a. O. S. 51.

Eine Bindung an die Bedingungen eines **erst abzuschließenden Vertrages** kann aber nichts anderes bedeuten, als daß für den Gebundenen **unmittelbar ein Zwangsvertrag durch die Entscheidung zustande gebracht wird.** Wenn sich also die streitenden Parteien nicht einigen können und es zu einem Verfahren vor dem Schiedsamt kommt, müssen sich sowohl die Parteien, als auch, sofern die Parteien Kollektivparteien sind, deren Angehörige, einen Vertrag aufzwingen lassen. Der Zweck der Ausdehnung dieser Zwangskopulierung auf die **mittelbar** Beteiligten der Kollektivparteien ist leicht einzusehen. Man will verhindern, daß insbesondere die einzelnen Aerzte einen für ihre vertragschließende Vereinigung, für die sie persönlich nicht haften, verbindlichen Vertrag boykottieren.

Daraus aber, daß es sich um ein Verfahren vor dem Schiedsamt handelt, das ja nur dann stattfindet, wenn sich die Parteien freiwillig nicht einigen können, und ferner aus der besonderen Ausnahme bei einem wichtigen, in der Person des Arztes liegenden Grund, ergibt sich mit Eindeutigkeit, daß § 368r nichts anderes bedeutet, als ein **Streik- und Aussperrungsverbot.** Dieses Verbot, im folgenden kurzweg „Streikverbot" genannt, bildet eine Ergänzung[131] des in Art. 2 Abs. 4 und Art. 4 der Ausführungsbestimmungen vom 14. Nov. 1924 zur VO über Aerzte und Krankenkassen ausgesprochenen Streikverbotes, wonach die Aerzte verpflichtet sind, „bis zum Abschluß des neuen Vertrages ihre Tätigkeit einstweilen zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, die Kassen, die ärztliche Tätigkeit anzunehmen und zu vergüten". Die Notwendigkeit einer solchen Ergänzung dieses Streikverbotes ergibt sich daraus, daß es ja nur „bis zum Abschlusse eines neuen Vertrages" gilt, demnach also nicht den Zwang umfaßt, die neuen evtl. ungünstigeren Vertragsbedingungen auch **anzunehmen**[132].

Aus § 368 r RVO folgert also einerseits viel mehr, als die „Unabdingbarkeit", die **Lutz Richter-Sonnenberg** daraus schließen wollen, nämlich die Möglichkeit eines **Vertragszwanges, auch wo die Parteien, auch die Individualvertragsparteien, einen Vertrag überhaupt nicht wollen**[131]a. Diese Bedeutung des § 368 r RVO ist offenbar nirgends richtig gewürdigt worden[132].

---

[131] Wenn von Ergänzung gesprochen wird, so soll damit nicht gesagt sein, daß § 368 r später gekommen sei, als die Ausführungsbestimmungen zur VO über Aerzte und K.-Kassen. Es ist aber doch nicht so, als ob § 368 r vor Erlaß dieser Verordnung gewissermaßen in der Luft gehängt hätte, da ja das BA auch schon einen, wenn auch nur vertraglichen Ausschluß des Streikes enthielt. (Vgl. unten S. 74 ff.)

[131]a Dies ist natürlich nicht so zu verstehen, als ob irgendeinem beliebigen Arzt ein Vertrag aufgezwungen werden könnte. Wer sich aber in Verhandlungen mit der Kasse vor dem VA eingelassen hat, kann nicht mehr zurück, wenn der andere Teil zu einem Vertrag kommen will. (S. unten S. 66 ff. und 78 ff.)

[132] Vgl. Lutz Richter a. a. O. I S. 148 und Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 99 zu § 368 r und S. 47, Anm. 2 zu § 368, wo behauptet ist, daß kein Arzt zum Abschluß eines Vertrages mit der Kasse gezwungen werden

Andererseits ist aber weder der Schluß auf „Unabdingbarkeit" noch auf die automatische Wirkung des kassenärztlichen Kollektivvertrags als solchen gerechtfertigt.

Denn der Zwang des § 368 r gilt ja nur dann, wenn ein Schiedsspruch erfolgt ist, also für den regelmäßigen Fall einer freiwilligen Einigung der Parteien **überhaupt nicht.**

Aber auch für den eigentlichen Fall des § 368 r ist aus dem als Streikverbot charakterisierten Vertragszwang **nicht** zu schließen, daß im Einzelfalle nicht **mit beiderseitiger Zustimmung der Einzelvertragspartner** (und auch des Vertragsausschusses) vom Kollektivvertrag abweichende Vereinbarungen getroffen werden könnten. Wenn der Gesetzgeber zum Zwecke der Verhinderung von Streik und Aussperrung einen besonderen Eingriff in die Vertragsfreiheit der Aerzte und Kassen für notwendig befand, so kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß er damit auch die Vertragsfreiheit **in der Hinsicht** beschränken wollte, in der es beim allgemeinen gewerblichen Arbeitsrecht **unter anderen Voraussetzungen** geschehen ist.

Die **automatische Wirkung** ergibt sich allerdings für einen nach § 368 r zustande gekommenen Kollektivvertrag aus dem Vertragszwang ohne weiteres.

Da also die Behauptung von Lutz Richter-Sonnenberg, Unabdingbarkeit und automatische Wirkung **jedes** kassenärztlichen Kollektivvertrages folge aus § 368 r RVO, nicht stichhaltig ist, ist die behauptete nahe Verwandtschaft mit dem Tarifrecht nach Tatbestand und Wirkung zu prüfen. Bei einem Vergleich des kassenärztlichen Kollektivvertrages mit dem Tarifvertrag ergeben sich folgende Unterschiede:

1. Beim Tarifvertrag handelt es sich in der Regel um einen mehr oder weniger massenmäßig bestimmten Arbeitstyp. Der kassenärztliche Kollektivvertrag betrifft dagegen eine Arbeitsleistung, die ungleich individualisierter in ihrer Art und daher auch komplizierter in ihrer vertraglichen Regelung ist. Die ärztlichen Leistungen weisen sowohl nach ihrer Art, als auch nach ihrer Qualität viel größere Verschiedenheiten untereinander auf, als auch noch so große handwerkliche Fertigkeiten erfordernde Leistungen eines Arbeiters oder Angestellten. Daß deshalb die Kasse u. U. mit einem Spezialisten oder einer Kapazität Sonderabmachungen treffen muß, die den Normen des Kollektivvertrages widersprechen, ist leicht einzusehen. Die größere Kompliziertheit

---

könne. Auch Heinemann a. a. O. V S. 217, der die Ansicht von Lutz Richter-Sonnenberg von der automatischen Wirkung und Unabdingbarkeit mit dem Argument bekämpft, daß Vertragsausschuß und Schiedsamt auch für Streitigkeiten über die Beziehungen von Individualverträgen zuständig seien und daß es daher nicht nötig sei, Unabdingbarkeit daraus zu folgern, daß eine Entscheidung des Sch.A. für einen Arzt bindend ist, verkennt die Bedeutung von § 368 r Abs. 3, denn er übersieht, daß die Bindung des Arztes danach auch eintritt, **wenn nur seine Vereinigung** Partei war.

der vertraglichen Regelung folgt daraus, daß eine große Anzahl von Nebenbestimmungen notwendig sind, die beim normalen Arbeitsvertrag durch das allgemeine Direktionsrecht des Arbeitgebers ersetzt werden. Deshalb ist gerade beim Arztvertrag das Bedürfnis nach Abweichungen von der kollektiven Norm viel stärker und berechtigter, als beim normalen Arbeitsvertrag eines Arbeiters oder Angestellten.

Wenn angesichts dieser Tendenz zur Individualisierung unter den Kassenärzten als Gegenwirkung ein besonders straffer Kollektivismus herrscht, so ist dies zwar sehr begreiflich, aber doch nur eine Angelegenheit der internen ärztlichen Organisation, die auf die Wirkung des Kollektivvertrages als solchen keinen Einfluß ausüben kann[133]. Der straffe Kollektivismus unter den Aerzten macht vielmehr die öffentlich-rechtlichen Zwangswirkungen des Kollektivvertrages gerade überflüssig.

2. Denn die Notwendigkeit des Schutzes gegen soziale Unterdrückung einerseits und gegen kollegiale Unterbietung andererseits ist bei den Aerzten bei weitem nicht so groß, als bei den Arbeitern und Angestellten, da infolge der geringeren Zahl der Aerzte, ihrer stärkeren gesellschaftlichen Geschlossenheit und nicht zuletzt auch ihres Einflusses auf die Zulassung von Kollegen zur Kassenpraxis[134] eine so scharfe Kontrolle aller einzelnen Vertragsverhältnisse mit der Kasse möglich ist, daß etwaige unangebrachte Abweichungen von den Normen des Kollektivvertrages nicht unbekannt bleiben könnten. Unter diesen Umständen wird sich keine Kasse der Gefahr aussetzen, einer Zuwiderhandlung gegen ihre Kollektivvertragsverpflichtungen geziehen und etwa schadenersatzpflichtig gemacht zu werden. Im übrigen genügt das **Bestehen einer Vertragsnorm**, um durch die ärztliche Standesdisziplin (Ehrengerichtsbarkeit, Vereinsausschluß) unkollegiale oder der Würde des Aerztestandes nicht entsprechende Vertragsabschlüsse überhaupt zu verhindern.

Aus dieser Gegenüberstellung ist zu sehen, daß Unabdingbarkeit und automatische Wirkung für den kassenärztlichen Kollektivvertrag durchaus **nicht so notwendig sind** als beim Tarifvertrag. Die Verwandtschaft zwischen beiden ist also durchaus keine so enge, daß daraus die gleichen **Wirkungen** geschlossen werden könnten. Die Frage, ob selbst die engste Verwandtschaft den Schluß auf die gleichen Wirkungen überhaupt rechtfertigen würde, kann dabei dahingestellt bleiben.

Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, daß auch der weitere von Lutz Richter-Sonnenberg angeführte Grund, daß der KAV ohne Unabdingbarkeit und automatische Wirkung überhaupt keinen Zweck hätte, ebenfalls nicht stichhaltig ist. Denn der Kollektivvertrag erfüllt seinen Zweck vollkommen, wenn er er-

---

[133] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 71, wo gesagt ist, daß die absolute Unabdingbarkeit dem straffen Kollektivismus unter den Aerzten entspreche.

[134] Vgl. unten S. 71 f.

reicht, daß alle Individualverträge zwischen Aerzten und Kassen, die neu geschlossen werden, **kraft obligatorischer Verpflichtung der Kasse einerseits und kraft interner organisatorischer Bindung der Aerzte andererseits** den Normen des Kollektivvertrags entsprechend abgeschlossen werden, **soweit nicht besondere Gründe zur Abweichung vorliegen.** Auch kann auf Grund des KAV leicht erreicht werden, daß die zur Zeit des Abschlusses des Kollektivvertrages bereits bestehenden Einzelarztverträge den Normen des Kollektivvertrages angepaßt werden. Wenn hierzu die Zustimmung der einzelnen Beteiligten erforderlich ist, so ist das recht und billig. Denn diese Zustimmung dürfte ohne wesentlichen Grund kaum verweigert werden, da der Betreffende sowohl ein Zerwürfnis mit seinen Kollegen als auch Kündigung zum nächsten Termin zu erwarten hätte.

Daß endlich die „Richtlinien für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge" einen Verpflichtungsschein des Arztes vorschlagen[135], ist gerade ein weiterer Beweis gegen die automatische Wirkung und Unabdingbarkeit, da bei deren Annahme ein solcher Verpflichtungsschein vollkommen überflüssig wäre.

Damit dürfte die Ablehnung der Folgen der Unabdingbarkeit und automatischen Wirkung genügend begründet sein.

Darüber hinaus ergibt sich aber im Verfolg der hier vertretenen Auffassung von der Zuständigkeit des Vertragsausschusses (s. S. 66 ff.), daß diese Wirkungen beim kassenärztlichen Kollektivvertrag überhaupt zwecklos wären.

Denn wenn ein Einzelarztvertrag, der von den Normen des Kollektivvertrages abweichen soll, der Mitwirkung des Vertragsausschusses bedarf und ohne diese Mitwirkung nichtig wäre, ist ein unbilliges Abweichen von der Kollektivvertrags-Norm überhaupt ausgeschlossen. Der Vertragsausschuß ist ein dem Wesen und den besonderen Bedürfnissen des kassenärztlichen Kollektivvertrags angepaßter vollkommener Ersatz für die Folgen der Unabdingbarkeit und der automatischen Wirkung, soweit eine solche überhaupt für notwendig zu erachten ist.

3. Teil: Bedingungen für das Zustandekommen eines Kassenarztvertrages.

a) Schriftlichkeit.

Als älteste und lange Zeit einzige gesetzliche Bestimmung über das Zustandekommen von Kassenarztverträgen besteht nach § 368 Abs. 1 RVO das Erfordernis der **Schriftlichkeit.** Es ist aus dem natürlichen Grund der Kompliziertheit eines solchen Vertrages ohne weiteres erklärlich. Die Schriftlichkeit wird **nicht wegen der Bedeutung der Verpflichtung an sich gefordert,** wie z. B. beim Schenkungsversprechen und der Bürgschaft, sondern deshalb, weil die mangelnde gesetzliche Regelung eines solchen

---

[135] Vgl. MAV bei Lutz Richter-Sonnenberg § 1.

außergewöhnlichen und komplizierten Vertragsverhältnisses, wie es der KAV darstellt, **die genaue Festlegung der Vertragsbedingungen** als unerläßlich erscheinen läßt. Solche Kassenarztverträge, die nicht schriftlich festgelegt sind, könnten vom Richter nicht beurteilt werden. Aus diesem Grunde das Erfordernis der Schriftlichkeit. Für den **Kollektivvertrag** ergibt sich damit ohne weiteres die Unumgänglichkeit dieses Erfordernisses und die Wirkung der Nichtigkeit bei seiner Außerachtlassung (§ 125 BGB). Das Gleiche gilt für einen **reinen** (ohne zu Grunde liegenden Kollektivvertrag abgeschlossenen) **Individualvertrag.**

Wie steht es nun aber mit den Individualverträgen, die die Normen eines Kollektivvertrages ohne Abänderung restlos übernehmen? Wollte man auf sie den § 368 r in Anwendung bringen, so müßte sich ergeben, daß alle durch den sogenannten „Verpflichtungsschein" (s. MAV. S. III) abgeschlossenen Individualverträge nichtig sind, da die Erfordernisse des § 126 BGB nicht erfüllt sind. Denn danach „genügt die Unterzeichnung eines Schriftstückes, das erst im Zusammenhang mit anderen, darin in Bezug genommenen Schriftstücken die Erklärungen der Beteiligten erkennen läßt, **nicht** zur Wahrung der Schriftform (RG 105, 289)", „es sei denn, daß das in Bezug genommene Schriftstück der Hauptürkunde unmittelbar beigefügt ist" (RG 107, 291)[136]. Daß diese Erfordernisse beim Verpflichtungsschein selten oder nie erfüllt sind, ist klar.

Aber es wäre überhaupt verfehlt, den § 368 auf den Individualvertrag anzuwenden, wenn dieser auf Grund eines Kollektivvertrages abgeschlossen ist. Es muß darin weiter gegangen werden als **Lutz Richter-Sonnenberg**[137] gehen, wenn sie sagen, daß **mit der Unterzeichnung des Verpflichtungsscheines** der Vorschrift des § 368 Halbsatz 1 genügt sei. Denn es handelt sich hier nicht um die Frage einer weitherzigen Anwendung des § 368 Halbsatz 1, sondern darum, ob für den auf kollektivvertraglicher Grundlage zustande gekommenen Individualvertrag § 368 Halbsatz 1 **überhaupt** Anwendung findet oder nicht. Wenn man die Anwendbarkeit von § 368 Halbsatz 1 **grundsätzlich bejaht,** wie Lutz Richter-Sonnenberg dies offenbar tun, so käme nur noch eine weitherzige Anwendung von § 126 BGB in Betracht, die natürlich in diesem Maße ausgeschlossen ist.

Aus dem oben auseinandergelegten Zweck des Schriftlichkeitserfordernisses beim KAV folgt aber mit Sicherheit, daß man nicht die Schriftlichkeit jedes einzelnen Vertrages **um seiner selbst willen,** sondern nur **die schriftliche Festlegung des Vertragsinhaltes** haben wollte. Diesem Erfordernis ist mit der Schriftlichkeit des **Kollektivvertrages** vollauf genügt.

Die Unterzeichnung **des Verpflichtungsscheines ist daher nur insoweit von Bedeutung, als sie an sich Vertragsbedingung ist. So-**

---

[136] Vgl. KRGR Anm. 1 zu § 126.

[137] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 48 Anm. 5 zu § 368.

weit sie das nicht oder nicht unbedingt ist[138], kann ein Individualvertrag auf kollektivvertraglicher Grundlage auch formlos durch mündliche Erklärung oder schlüssige Handlung abgeschlossen werden.

Für den Fall allerdings, daß ein Individualvertrag zwar auf Grund eines Kollektivvertrages, aber mit Aenderungen einzelner oder unter Hinzufügung neuer Bedingungen abgeschlossen wird, muß Schriftlichkeit des Gesamtvertrages nach § 126 BGB gefordert werden. Wird dagegen verstoßen, so ist je nach Sachlage entweder der ganze Vertrag oder nur die Aenderung als nichtig und im übrigen ein normaler Individualvertrag nach den Normen des Kollektivvertrages als abgeschlossen zu betrachten.

Ausnahmsweise ist auch der Fall denkbar, daß es eines Individualvertrages überhaupt nicht bedarf, in dem sich sämtliche Aerzte als Glieder einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft gesamtschuldnerisch verpflichten und gesamthänderisch berechtigt werden. Oder es kann möglich sein, daß der mit dem Abschluß des Kollektivvertrages betraute Vertreter des Aerztevereins im Namen sämtlicher einzelner Aerzte als deren bevollmächtigter Vertreter gehandelt hat, sodaß jeder einzelne Arzt unmittelbar berechtigt und verpflichtet ist, wie wenn er den Vertrag selbst geschlossen hätte. Dann muß allerdings das Vertretungsverhältnis beim Vertragsabschluß klar zum Ausdruck gekommen sein. Daß der Abschluß mit einem rechtsfähigen Aerzteverein allein die einzelnen Aerzte nicht genügend bindet und daher unbefriedigend wäre, ist klar.

b) Die Mitwirkung des Vertragsausschusses.

α) Die Zuständigkeit des Vertragsausschusses.

§ 368 k RVO bestimmt, daß zur Herbeiführung angemessener Verträge zwischen Kassen und Aerzten im Bezirk jedes Versicherungsamtes nach näheren Bestimmungen des Reichsausschusses für Aerzte und Kassen ein Vertragsausschuß (VA) zu errichten ist. Der Vertragsausschuß „stellt Inhalt und Wortlaut des Vertrages fest".

Es ist nun bereits oben (S. 56) der Nachweis versucht worden, daß dann, wenn es sich um einen Kollektivvertrag handelt, der den Bezirk eines oder mehrerer Versicherungsämter umfaßt[139], der VA überflüssig und nur ein historischer Ballast ist. Trotzdem ist

---

[138] Vgl. MAV bei Lutz Richter-Sonnenberg (s. Anm. 17a S. 12) § 1 Abs. 4, woraus zu schließen sein dürfte, daß die Unterschrift unter den Verpflichtungsschein nicht Vertragsvoraussetzung, sondern nur eine Art Vertragsbekräftigung darstellt; aus dem MAV von Lehmann (s. Anm. 17a S. 12) ergibt sich die entgegengesetzte Auffassung.

[139] Wie das z. B. in Baden der Fall ist, wo für das ganze Land ein einziger Kollektivvertrag geschlossen ist, der sämtliche Kassen- und Aerztevereinigungen erfaßt. Es besteht auch nur ein Vertragsausschuß für das ganze Land.

es eine de lege lata notwendige Voraussetzung für das Zustandekommen eines Kollektivvertrages, daß der Vertragsausschuß mitwirkt. Dies ergibt sich eindeutig aus § 368k Abs. 2 RVO und wird auch von keiner Seite bestritten. Ein ohne Mitwirkung des VA abgeschlossener Kollektivvertrag ist daher nichtig[140].

Dagegen sind die Meinungen darüber geteilt, wie es sich mit den **Individualverträgen** verhält. Während von **Lutz Richter-Sonnenberg**[141], von **Jakobi**[142] und nach **Kühne**[143] auch vom **Reichsschiedsamt** die Ansicht vertreten wird, daß der VA für Individualverträge **nicht** zuständig sei und zwar so wenig für reine Individualverträge, wie für auf kollektivvertraglicher Grundlage beruhende, stellt sich **Heinemann**[144] auf den extremen Standpunkt, daß auch **jeder** Einzelarztvertrag der Mitwirkung des VA bedürfe. Diese Ansicht vertritt offenbar auch **Thiersch**[145].

Hier haben wir nun einen der Fälle, wo alle Versuche, aus dem reinen Wortlaut der RVO zu schließen, zu keinem Ergebnis führen können. Wenn wir dagegen von dem Wortlaut und Sinn des Berliner Abkommens ausgehen, wonach „der Wortlaut des Vertrages" von dem VA festgestellt wird, die „Verträge selbst" dagegen „zwischen der Kasse oder dem Kassenverband und dem einzelnen Arzt" geschlossen werden, so ist die Erklärung sehr einfach. Mit dem „Wortlaut des Vertrages" ist zwar nicht der Kollektivvertrag gemeint, wohl aber sein historischer Vorläufer, nämlich die unter Mitwirkung des kassenärztlichen Vereines im VA festgestellte Normalform des Einzelarztvertrages[146]. Soweit nun der Einzelarztvertrag vollständig der vom Vertragsausschuß festgestellten Normalform entspricht, ist er ja schon vom VA festgestellt, bedarf also nicht einer nochmaligen besonderen Feststellung für den einzelnen Fall, sondern nur noch der Willenserklärung der beiden Parteien zu seinem Zustandekommen. Die Zustimmungserklärung des VA ist für die von ihm selbst festgestellte Normalform ein für alle Mal selbstverständlich. Denn die Frage, ob mit dem betreffenden Arzt **überhaupt** ein Vertrag geschlossen werden soll, ist ja nicht vom VA, sondern höchstens vom Zulassungsausschuß zu prüfen. Eine Mitwirkung des VA beim Abschluß des Einzelarztvertrages wäre also vollkommen sinnlos.

---

[140] Vgl. ERSchA vom 7. 7. 1925 AN 25, 305, ERSchA 28. 4. 1925 An 25, 259; Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 66, Lehmann a. a. O. S. 36, Tiersch AEM 1925, S. 277.

[141] Lutz Richter-Sonnenberg a a. O. S. 65 und Lutz Richter a. a. O. I S. 135.

[142] Jakobi a. a. O.

[143] Kühne a. a. O. Sp. 170.

[144] Heinemann a. a. O. V.

[145] Tiersch AEM 1925, S. 277 vertritt nur grundsätzlich den Standpunkt, daß die Mitwirkung des VA im Gegensatz zu der z. Z. des BA bestehenden Rechtslage zwingend sei, ohne auf die Frage der Anwendbarkeit von § 368 k für den **Individualvertrag** näher einzugehen.

[146] Vgl. oben S. 92 ff.; AN Lutz Richter-Sonnenberg S. 65. a. a. O.

Anders dagegen, wenn zwar der festgestellte Normalvertrag zur Grundlage genommen, aber in einzelnen Teilen abgeändert, oder wenn überhaupt ein reiner Individualvertrag (mit einem Außenseiter) abgeschlossen werden soll. Der Wortlaut des vom Normalvertrag abweichenden Individualvertrages ist eben noch nicht vom VA festgestellt und bedarf hiermit dieser Feststellung noch. Insoweit muß sich also der Passus in Ziff. 2 Abs. 2 der „Bestimmungen über die Bildung und Tätigkeit des Vertragsausschusses" in Anl. 2 zum BA: „der Wortlaut des Vertrages wird vom VA festgestellt", auch auf den Wortlaut eines Einzelvertrages beziehen. Diese Auslegung entspricht dem Sinn und Zweck des VA ebenso wie der reinen Logik. Wenn man das BA so versteht, kann aber auch über die Auslegung des § 368 k RVO kein Zweifel mehr herrschen. Wenn es hier also in Abs. 2 Satz 2 heißt: „Der VA stellt Inhalt und Wortlaut des Vertrages fest", so bedeutet das, daß kein KAV zustande kommen kann, dessen Inhalt und Wortlaut nicht vom VA festgestellt wurde. Das bezieht sich nach der RVO, da diese den Kollektivvertrag als Normalfall ansieht (was sich einwandfrei aus § 368 r schließen läßt) in erster Linie auf den Kollektivvertrag. Aber nicht minder auch auf Individualverträge, deren Inhalt und Wortlaut noch nicht anläßlich des Abschlusses des Kollektivvertrages vom VA festgestellt wurde.

Für diese Auslegung des § 368 k spricht übrigens auch die Tatsache, daß die Fassung dieses § nicht sagt, daß der VA **jeden** Vertrag genehmigen, sondern nur daß er **„Inhalt und Wortlaut"** jedes Vertrages **feststellen müsse.** Im übrigen gilt hier genau dasselbe wie beim BA.

Die Mitwirkung des Vertragsausschusses ist daher gemäß § 368 k RVO für alle Verträge erforderlich, es sei denn, daß sie der Norm eines Kollektivvertrages, oder einer ohne Kollektivvertrag vor dem Vertragsausschuß bereits festgestellten Norm vollkommen entsprechen.

β) Die Funktionen des Vertragsausschusses.

Der Vertragsausschuß kann entweder in der Form mitwirken, daß er selbst einen Vertrag aufstellt und den Parteien vorschlägt, oder so, daß er sich auf die Prüfung eines von den Parteien selbständig aufgestellten Entwurfes beschränkt. Auf jeden Fall stellt der VA **Inhalt und Wortlaut** des Vertrages fest, entscheidet also darüber **endgültig.** Auf den vom VA festgestellten Vertragsinhalt müssen sich dann die Parteien einigen, um einen Vertrag zustande zu bringen. Es bedarf also des dreifachen Konsenses der beiden Parteien und des VA. Fraglich ist, ob ein ohne Mitwirkung des VA von den Parteien aufgestellter Vertrag, auch wenn sich die Vertragspartner vollkommen einig sind, etwa schon unterschrieben haben, nur den Charakter eines **unverbindlichen Entwurfes** trägt, an den die Parteien **nicht** gebunden sind, oder den eines **Antrages,** an den die Parteien gemäß § 145 ff. BGB gebunden sind. Im ersten Falle wäre, auch wenn der VA den von den Parteien

vereinbarten Entwurf ohne Aenderung feststellte, nochmalige besondere Einigung der Parteien auf den nunmehr „festgestellten" Vertragsinhalt erforderlich. Im zweiten Falle, der m. E. anzunehmen ist, ist der Vertrag mit der Feststellung durch den VA geschlossen. Bei Aenderung des Vertrages durch den VA ist dagegen auf alle Fälle eine neue Zustimmung der Partei erforderlich. Eine Gebundenheit der Parteien an ihre frühere Einigung über solche Punkte, die der VA unverändert festgestellt hat, ist m. E. auch dann nicht gerechtfertigt, wenn anzunehmen ist, daß die Einigung über solche Punkte durch die Aenderung anderer Punkte nicht berührt wird", denn gerade dann, wenn die Frage der Gebundenheit der Parteien aktuell wird, wenn sie also **nicht gebunden sein wollen**, ist die Annahme nicht gerechtfertigt, daß die Einigung „über diese Punkte nicht berührt wird". **Eine ausdehnende Anwendung von § 155 BGB**, wie sie von **Lutz Richter-Sonnenberg**[147] in diesem Zusammenhang vertreten wird, **ist im übrigen, wenn es sich nur um ein Angebot handelt, nicht zulässig**, da sie § 150 Abs. 2 BGB widerspricht.

Anders ist die Sachlage bei der von Lutz Richter-Sonnenberg angeführten Entscheidung des Reichsschiedsamtes, wo bereits **vor dem Vertragsausschuß** eine Einigung über einzelne Punkte zustande gekommen ist, **nachdem** diese Punkte vom VA **festgestellt worden sind**, während über andere, durch die die Punkte, über die man sich einig ist, nicht berührt werden, noch ein Schiedsverfahren schwebt. In diesem Falle ist eine ausdehnende Anwendung des § 155 BGB wohl vertretbar[148], [149].

c) Die Mitwirkung des Schiedsamtes.

α) Die Zuständigkeit des Schiedsamtes.

Kommt eine Einigung der Parteien auf die vom VA festgestellten Vertragsbedingungen nicht zustande oder kann sich der VA in sich selbst nicht zur Feststellung eines Vertrages durch Beschluß einigen, so entscheidet auf Anruf einer oder beider Vertragsparteien über die strittigen Punkte das Schiedsamt (§ 368 k RVO). Die Anrufung des Schiedsamtes steht nur den Parteien zu, nicht dem VA selbst. An eine Frist ist die Anrufung des Schiedsamtes nicht gebunden.

Da neben § 368 k Abs. 3 eine andere Vorschrift über die Anrufung des Schiedsamtes in Streitigkeiten über **abzuschließende** Arztverträge nicht vorhanden ist, ist zu folgern, daß § 368 k Abs. 3 die Möglichkeit der Anrufung des Schiedsamtes für **solche Fälle** erschöpft. Das Schiedsamt ist demnach „zur Entscheidung bei Streit über die Bedingungen eines Arztvertrages", (§ 368 m RVO) **nur**

---

[147] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 67.

[148] Vgl. ERSchA vom 28. 4. 1925 AN 1925 S. 259, Nr. 6, 1.

[149] Vgl. auch Lutz Richter a. a. O. I S. 133 ff. insbesondere über die rechtliche Natur des VA.

dann berufen, wenn im VA verhandelt wurde und eine Entscheidung nicht zustande gekommen ist (vgl. Lehmann a. a. O. S. 78).

Die Bestimmung, daß demnach vorher im VA verhandelt sein muß, ehe das Schiedsamt angerufen werden kann, könnte für den Fall bedenklich erscheinen, daß eine Partei mit dem bestehenden Vertrag zufrieden ist und von neuen Verhandlungen nur Verschlechterung erwartend, sich überhaupt weigert, sich in neue Verhandlungen vor dem VA einzulassen.

Für diesen Fall ist durch § 9 der VO über Krankenhilfe vom 30. Oktober 1923 (RGBl I 1923, 1054) ein Ausweg gegeben. Danach kann nämlich die Entscheidung des Schiedsamtes beantragt werden, sobald feststeht, daß eine Einigung wegen der Bedingungen der künftigen Behandlung nicht erzielt werden kann. Wenn sich nun eine Partei weigert, in Verhandlungen vor dem SchA einzutreten, um dadurch automatische Verlängerung des alten Vertrages zu erzielen, so dürfte die Unmöglichkeit der Einigung feststehen, auch ohne vorherige Verhandlung vor dem VA.

Da außer den genannten Voraussetzungen für die Tätigkeit des Schiedsamtes keine weiteren Beschränkungen bestehen, ist nicht einzusehen, weshalb das Schiedsamt nicht auch über die Bedingungen eines **reinen** Individualvertrages zuständig sein soll, wenn ein solcher vor dem VA behandelt wird[150].

β) Die Funktionen des Schiedsamtes.

„Die Schiedsinstanzen können alle diejenigen Bestimmungen zum Inhalt ihrer Entscheidungen machen, die Inhalt eines frei getätigten Kollektivvertrages sein können, soweit sie nicht gemäß § 368 m Abs. 4 RVO an die Richtlinien des Reichsausschusses gebunden sind"[151].

So umschreibt das Reichsschiedsamt die Funktionen des Schiedsamtes bei der Herbeiführung eines KAV. Das Schiedsamt bestimmt also in den strittigen Punkten den Vertragsinhalt von sich aus an Stelle der Partei und des Vertragsausschusses rechtsverbindlich. Die Wirkungen der schiedsamtlichen Entscheidun-

---

[150] a. M. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 78 und Jakobi a. a. O. im Verfolg ihrer hier nicht geteilten Ansicht über die Zuständigkeit des Vertragsausschusses. Ob die von Lutz Richter-Sonnenberg zitierte Entscheidung des Reichsschiedsamtes vom 4. 9. 1925, „wonach die Schiedsinstanzen für Streitigkeiten über solche Einzelarztverträge zuständig sind, die **nicht** auf Grund eines Kollektivvertrages **abgeschlossen worden sind,** soweit Bestimmungen in Frage kommen, die geeignet sind, eine allgemeine Grundlage für die Regelung der kassenärztlichen Verhältnisse bei der betreffenden Krankenkasse zu bilden", hier in Betracht kommt, ist fraglich, da darin von Verträgen die Rede ist, „die abgeschlossen worden sind". Die Entscheidung dürfte also die Frage der Zuständigkeit des Schiedsamtes zur Entscheidung über Streitigkeiten aus **abgeschlossenen Aerzteverträgen** betreffen. Allgemein zur Frage der Zuständigkeit der Schiedsinstanzen s. Lutz Richter a. a. O. I S. 146.

[151] ERScha vom 26. 10. 1925; s. auch unten S. 134 ff.

gen ist der einer Verbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages ähnlich. Die schiedsamtliche Entscheidung ist für beide Teile ebenso bindend, wie ihre eigenen Willenserklärungen, die durch die Entscheidung des Schiedsamtes ersetzt werden[152]. **Endgültig** ist eine Schiedsamtsentscheidung, wenn eine Berufung dagegen nicht mehr möglich ist[153].

Ein Verstoß gegen einen durch schiedsamtliche Entscheidung zustande gekommenen Vertrag stellt sich also ebenso dar und zieht dieselben rechtlichen Folgen (Schadenersatzpflicht u. a.) nach sich, wie ein Verstoß gegen einen freiwillig geschlossenen Vertrag. Dies betrifft die zivilrechtlichen Folgen ebenso wie die öffentlich-rechtlichen (§ 368 r RVO).

d) Die Zulassung zur Kassenpraxis.

Nach dem vom RA für Aerzte und Krankenkassen auf Grund von § 368 e RVO erlassenen Bestimmungen über die Zulassung zur Kassenpraxis ist die Zulassung eines Arztes und damit natürlich auch der Abschluß eines Vertrages zwischen Arzt und Kasse von der Eintragung in das Arztregister und der Zustimmung des Zulassungsausschusses abhängig.

Da jedoch die Zulassungsbestimmungen keine bindenden Rechtssätze, sondern nur „Richtlinien" im Sinne des § 368 e RVC sind, sind sie nur insoweit maßgebend, als sie in die Kollektivverträge aufgenommen sind, und auch dann nur zwischen den Parteien[154]. **Ein entgegen dem Kollektivvertrag ohne Zustimmung des Zulassungsausschusses abgeschlossener Individualvertrag ist daher gültig.** Die betreffende Kasse macht ich lediglich schadenersatzpflichtig und erleidet die sonstigen Rechtsnachteile, die eine Vertragsverletzung nach sich zieht.

Wenn also auch eine unmittelbare gesetzliche Wirkung der Zulassungsgrundsätze nicht vorhanden ist, so können sie, wie **Lutz Richter-Sonnenberg**[155] zutreffend bemerken, für den einzelnen Arzt doch insofern von Bedeutung sein, als sie unter Umständen ein Recht für ihn begründen können, Zulassung zu verlangen. Wenn nämlich nach dem gültigen Arztsystem und den vertraglich vereinbarten Zulassungsbestimmungen und Grundsätzen die Zulassung jedes beliebigen Arztes zur Kassenpraxis Vertragspflicht der Kasse ist, sofern nur dieser Arzt die gesetzlichen Voraussetzungen der Zulassung erfüllt hat (Normativsystem), so ist die Vereinbarung zwischen Aerztevereinigung und Kasse als berechtigender Vertrag zu Gunsten eines Dritten zu betrachten. Es hat dann jeder Arzt, bei dem sämtliche Vorausset-

---

[152] Vgl. ERSchA v. 12. 12. 1924 M 25, 22; abgedr. bei Lehmann a. a. O. S. 51.

[153] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 99.

[154] Vgl. Lutz Richter a. a. O. I S. 163, Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 82, Lehmann a. a. O. S. 44 und 132, Jakobi M. 1926 S. 130, Okrass DK 1925, S. 574; a. M. RA 14. 11. 1925 RABl 1925 S. 241.

[155] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 82.

zungen der Zulassung erfüllt sind, **ein Recht** gegen die Kasse auf Zulassung und Vertragsabschluß zu den im Kollektivvertrag festgelegten Bedingungen. Zulassung und Vertragsabschluß kann in diesem Falle, wenn die Kasse nicht freiwillig bereit ist, somit im Zulassungsausschuß eine bejahende Entscheidung nicht herbeigeführt wird, gemäß § 368 m durch das Schiedsamt erzwungen werden, davon abgesehen, daß der Arzt aus dem Vertrag zu seinen Gunsten auch einen zivilrechtlichen Anspruch hätte.

e) Positive und negative Vereinigungsfreiheit.

Keinesfalls kann die Zulassung zur Kassenpraxis und der Vertragsabschluß an die Bedingung der Zugehörigkeit zu einem **bestimmten** kassenärztlichen Verein geknüpft sein, da dies ohne Zweifel eine unzulässige Beschränkung der Koalitionsfreiheit darstellen würde. Denn der Zwang, einer **bestimmten** Koalition anzugehören, bedeutet gleichzeitig den Ausschluß der Zugehörigkeit zu einer anderen Koalition, die zu der ersten in irgendeinem Gegensatz steht.

Bestritten ist jedoch die Frage, ob die Zugehörigkeit zu irgendeinem in die freie Wahl gestellten kassenärztlichen Verein als Vertragsbedingung aufgestellt werden kann. Die Beantwortung dieser Frage ist von der Auslegung des § 159 RV abhängig. Während **Groh**[156] den Standpunkt vertritt, daß aus § 159 RV auch die **negative** Vereinigungsfreiheit, d. h. also die Freiheit, **jeder** Organisation fernzubleiben, **unmittelbar** hervorgehe, wird dies von **Lutz Richter**[157] ausdrücklich bestritten. Lutz Richter kommt jedoch zu dem Resultat, daß der Zwang zum Beitritt zu einer **bestimmten** Organisation rechtswidrig ist, während er die Bestimmung für zulässig hält, daß der Arzt überhaupt einer Organisation angehören müsse.

Eine vermittelnde Stellung nimmt **Kaskel**[158] ein, indem er zwar nur von der **positiven** Vereinigungsfreiheit aus § 159 RVO ausgeht, aber daraus folgert, daß auch der Zwang, **überhaupt einer** (wenn auch frei wählbaren) Vereinigung beizutreten, praktisch eine Beeinträchtigung der positiven Koalitionsfreiheit bedeuten würde, davon abgesehen, daß bei dem Uebergewicht einzelner Koalitionen häufig gar keine Wahl bliebe.

Wenn man erwägt, was mit einer allgemein gehaltenen „Abrede", daß jemand „irgendeiner" Koalition angehören müsse, bezweckt sein kann, so muß man zu dem gleichen Ergebnis kommen, wie Groh und Kaskel. Denn ein solcher Zwang, irgendeiner Koalition anzugehören, hat nur dann einen Sinn, wenn nur bestimmte Koalitionen in Betracht kommen, in deren eine man den Betreffenden hineinpressen will. Die praktische Prüfung bestätigt also durchaus den von Groh unmittelbar aus § 159 RV gefolgerten

---

[156] Groh a. a. O. S. 39 ff.
[157] Lutz Richter a. a. O. III.
[158] Kaskel a. a. O. S. 233.

Grundsatz der **positiven und negativen** Vereinigungsfreiheit. Es kann aber hier dahingestellt bleiben, ob der unmittelbare Weg Groh's oder der mittelbare Kaskel's der richtigere ist. Jedenfalls ist für die Kassenärzte zu folgern, daß der Grundsatz, der auch im BA festgelegt war, daß die Zulassung eines Arztes zu erfolgen hat, „einerlei, ob er einer Organisation angehört, oder nicht", volle Gültigkeit hat. **Eine Klausel im Kollektivvertrag, wonach nur organisierte Aerzte zugelassen werden dürfen, ist daher nichtig**[159].

Von der RV abgesehen, wäre auch die Frage aufzuwerfen, ob es nicht auch nach allgemeinen Grundsätzen den guten Sitten widerspräche, wenn die Kassen bei ihrer Monopolstellung und der wirtschaftlichen Zwangslage der überwiegenden Mehrzahl der Aerzte die Zugehörigkeit zu einer Organisation zur Voraussetzung ihrer Zulassung machten.

4. Teil: Die Kündigung eines Kassenarztvertrages.

a) Rechtliche Möglichkeiten der Kündigung.

Die Dauer eines KAV ist wohl ausnahmslos durch den Vertrag bestimmt. Desgleichen die Kündigungsmöglichkeiten. Soweit jedoch der Vertrag keinen Aufschluß gibt, gelten die § 621 ff. des BGB. Die Anwendung von § 622 BGB ist davon abhängig, ob die Bezahlung der Aerzte eine derartige ist, daß von „festen Bezügen" gesprochen werden kann. Das wird man nicht sagen können, wenn die Bezahlung nach einzelnen Leistungen erfolgt, wohl dagegen wenn der Arzt ein Fixum erhält. Die etwaige Anwendung von § 632 BGB und 625 BGB begegnet keinen Schwierigkeiten.

Die Anwendung von § 627 BGB ist zunächst ebenfalls dadurch bedingt, ob der Arzt „feste Bezüge" erhält, nur daß hier die Bedingung negativ gefaßt ist. Aber auch für diesen immerhin die Regel bildenden Fall der Bezahlung nach einzelnen Leistungen ist die Anwendung des § 627 BGB deshalb zu verneinen, weil das Erfordernis, das die Dienste „auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen", beim Verhältnis zwischen Arzt und Kasse nicht gegeben ist.

Denn das „besondere Vertrauen", das hier gefordert ist, muß ein **persönliches sein.** Für die Zulassung als Kassenarzt genügt aber in der Regel eine bestimmte wissenschaftliche Vorbildung und die Erfüllung sonstiger objektiver Voraussetzungen. Der Kasse kann ja in vielen Fällen bei Gegebensein dieser Voraussetzungen ein beliebiger Arzt aufgezwungen werden. Von besonderem Vertrauen kann daher nicht die Rede sein (vgl. KRGR u. Warneyer Anm. 1 zu § 627 BGB).

---

[159] Unter Hinweis auf § 159 RVO erklärt auch das RSchA im E vom 27. 1. 1925, (AN 1925, S. 205, abgedr. bei Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 148) jede Organisationsklausel für unzulässig. Vgl. auch Krug von Nidda wie Anm. 16.

Im übrigen wäre, auch wenn eine Anwendung von § 627 BGB in Frage käme, seine Bedeutung deshalb eine geringe, weil er im Gegensatz zu § 626 BGB vertraglich ausgeschlossen werden kann, was wohl meistens geschehen wird.

b) Rechtliche Beschränkungen der Kündigung.

α) Für beide Vertragspartner.

Ueber die Möglichkeit einer Kündigung wegen eines „Wichtigen Grundes" nach § 626 BGB besteht unter normalen Voraussetzungen ebenfalls kein Zweifel. In bestimmten Fällen ist diese Kündigungsmöglichkeit jedoch in Frage gestellt.

Das BA hatte in Anlage 3 Ziff. 3 seiner Ausführungsbestimmungen vom 10. Februar 1914 vorgesehen, daß die bisherigen Verträge weitergelten, „solange das Verfahren (vor dem Schiedsamt) schwebt". Während man über die Bedeutung dieser Vorschrift für eine Kündigungsmöglichkeit nach § 626 BGB im Zweifel sein kann, trifft der Reichsarbeitsminister in Art. 2 Abs. 4 und Art. 4 seiner Ausführungsbestimmungen vom 14. November 1924 zur VO über Aerzte und Krankenkassen die eindeutige Bestimmung: „Ist dies nicht möglich (Abschluß eines neuen Vertrages vor Ablauf des alten), so sind bis zum Abschluß des neuen Vertrages die Aerzte, **und zwar auch im Falle einer Kündigung gemäß § 626 BGB,** verpflichtet, ihre Tätigkeit einstweilen zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, die Kassen, die ärztliche Tätigkeit anzunehmen und zu vergüten."

Man ist sich zwar heute im allgemeinen darüber einig, daß diese Bestimmung auch für die Zeit zwischen Ablauf eines alten und Abschluß eines neuen Vertrages **nicht jede Kündigung aus § 626 BGB,** und nicht die praktische Auswirkung einer solchen Kündigung in **jedem Falle** ausschließt, sondern nur dann, wenn die „wichtigen Gründe" **nicht persönlicher Art, sondern in der subjektiven Ansicht einer Partei von der Unzulänglichkeit des Vertragsinhaltes** begründet sind. Es handelt sich also nur um ein **Streikverbot,** durch das verhindert werden soll, daß im Falle des Ablaufes eines Vertrages vor Inkrafttreten eines neuen, die Verpflichtung der Weiterarbeit zu den alten Bedingungen **dadurch** umgangen wird, daß eine Kündigung „aus einem wichtigen Grund" erfolgt, indem ein solcher „wichtiger Grund" nur in der behaupteten Unbilligkeit der alten Vertragsbedingungen gefunden wird. Eine Kündigung aus einem „in der Person des Arztes liegenden und von den Vertragsbedingungen unabhängigen „wichtigen Grund" ist dagegen auch in diesem Falle ebenso möglich, wie die Nichtbefolgung einer schiedsamtlichen Entscheidung unter den gleichen Umständen (vgl. § 368 r Abs. 3)[160].

Aber über die Frage der **Gültigkeit** der zitierten Bestimmung in der Ausführungsverordnung des RAM **selbst,** auch in der Form

---

[160] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 62 ff., Bischofswerder a. a. O. I, Heinemann a. a. O. III. a. M. Tiersch a. a, O,

eines Streikverbotes, bestehen weitgehende Meinungsverschiedenheiten. Während von **Lutz Richter-Sonnenberg**[161] und **Heinemann**[162] die Güligkeit der fraglichen Ausführungsbestimmungen bejaht wird, sind **Bischofswerder**[163] und **Thiersch**[164] der entgegengesetzten Ansicht. Thiersch baut seine Begründung allerdings auf der oben abgelehnten Meinung auf, daß durch die fragliche Bestimmung jede Kündigung nach § 626 ausgeschlossen sein solle. Darauf braucht nicht mehr eingegangen zu werden. **Bischofswerder** begründet seine Ansicht damit, daß zunächst eine vertragliche Ausschließung der Kündigung gemäß § 626 BGB nicht möglich sei, und zwar auch nicht in dem eingeschränkten Maße eines Streikverbotes. Die Bestimmung des BA und seiner Ausführungsbestimmungen, die ja zunächst nur eine rein vertragliche Vereinbarung darstellten, könne daher nicht so weitgehend ausgelegt werden, daß ein Ausschluß der Kündigung aus § 626 BGB angenommen werden dürfe. Soweit behauptet wird, daß dies mit dem Augenblick anders geworden sei, wo das BA zum Gesetz geworden sei[165], bestreitet Bischofswerder, daß das BA überhaupt jemals Gesetz geworden ist. Der § 18 der VO vom 30. Oktober 1923 sage nur, daß das BA „weitergelten solle; dies bedeute, ebenso wie die Allgemein-Verbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrages, **nicht mehr als die gesetzliche Aufzwingung eines Vertrages, nicht aber die Aufstellung einer objektiven Rechtsnorm.** Das BA habe daher auch nach der gesetzlichen Gültigkeitsverlängerung durch die VO vom 30. Oktober 1923 keine andere Wirkung, als es vorher als Vertrag gehabt hat[166]; das Kündigungsrecht nach § 626 BGB habe also auch nach Erlaß der VO vom 30. Oktober 1923 **unbeschränkt** weiterbestanden. Da aber die Ausführungsbestimmungen des RAM gemäß § 368 s RVO (§ 18 der VO vom 30. Oktober 1923) eben nur „Ausführungsbestimmungen" seien, also nur im Rahmen des bereits gegebenen Rechts nähere Erläuterung geben könnten, sei es ausgeschlossen, daß sie neues Recht schaffen. Die Bestimmungen der Ausführungsverordnung des RAM über die Ausschließung der Kündigung nach § 626 BGB überstiegen daher die Befugnisse des Reichsarbeitsministers und seien deshalb ungültig.

Diese Beweisführung ist m. E. durchaus schlüssig. **Vor allen Dingen ist der Meinung beizutreten, daß das BA nicht Gesetz geworden ist, sondern nur gesetzlich verlängert worden ist.** Aber die eine Voraussetzung, von der Bischofswerder ausgeht, daß nämlich ein vertraglicher Ausschluß der Kündigung gemäß § 626 BGB **aus einem im Vertrag selbst liegenden Grunde** nicht möglich sei, ist falsch. Bischofswerder beruft sich auf den Kommentar der Reichsgerichtsräte Anm. 2 zu § 626 BGB. Dort ist gesagt, daß auch dann, wenn es zulässig sei, einzelne Gründe ausdrücklich von den „wichtigen Gründen" im Sinne des § 626 BGB auszunehmen, den-

---

[161–164] Vgl. Anm. 160.

[165] So von Kühne im BK 1926 S. 15.

[166] Diese m. E. richtige Auffassung vertritt auch Heinemann a. a. O. III.

noch bei besonderer Gestaltung der Verhältnisse auch solche Gründe die Aufhebung herbeiführen könnten (RGJW 1910, 577; 10). Gegen diese Meinung von RG und KRGR verstößt es aber durchaus nicht, die Gültigkeit einer Vertragsbestimmung zu bejahen, die bestimmt, daß ein nur **auf den Inhalt des Vertrages beruhender Grund** nicht als „wichtiger Grund" im Sinne von § 626 BGB zu gelten habe. Wenn dabei zugegeben werden muß, daß ausnahmsweise „bei besonderer Gestaltung der Verhältnisse", auch solche Gründe, die ausdrücklich ausgenommen sind, als wichtige Gründe gelten können, so bestätigt das nur den Grundsatz, daß der vertragliche Ausschluß „einzelner wichtiger Gründe" möglich ist.

Die fragliche Bestimmung des BA ist in diesem Sinne auszulegen. Ihrer Gültigkeit steht dann nichts im Wege. Damit ist aber die Beweisführung von Bischofswerder hinfällig.

Das Streikverbot in Art. 2 Abs. 4 und Art. 4 der Ausführungsbestimmungen des RAM vom 14. November 1924 zur VO über Aerzte und Krankenkassen ist daher gültig[167].

Mit dieser Entscheidung verlieren die übrigen noch offenen Streitfragen über die Bedeutung des Ausschlusses der Kündigung nach § 626 BGB erheblich an Bedeutung. So die Frage, ob ein Ausschluß der **Folgen** der Kündigung nach § 626 BGB, wie sie in der zitierten Ausführungsbestimmung ausgesprochen ist, überhaupt gleichbedeutend ist mit einem Ausschuß der Kündigung selbst. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß ein Ausschluß der Hauptfolgen (vor allem der sofortigen Arbeitsniederlegung und des Wegfalls der Vergütungspflicht) zwar nicht gleichbedeutend ist mit einem Ausschluß der Kündigung selbst, daß er aber ebensowenig möglich ist, wie dieser, da er den Hauptzweck der zwingenden gesetzlichen Bestimmung des § 626 illusorisch machen würde[168].

Die weitere Frage, ob eine Kündigung gemäß § 626 BGB auch für den Kollektivvertrag möglich ist und demnach das Kündigungsverbot auch für diesen in Betracht kommt, ist m. E. mit **Lutz Richter-Sonnenberg**[169] gegen **Bischofsberg**[170] zu verneinen. Ein Kollektivvertrag ist kein Dienstverhältnis. Die Behauptung, daß der Kollektivvertrag auch „ein erhebliches Maß von Vertrauen zur Voraussetzung habe", als Begründung zu einer Anwendung des § 626 BGB gelten zu lassen, wie es Bischofswerder

---

[167] Ueber die Vereinbarkeit eines Streikverbotes mit der RVF vgl. Anschütz a. a. O. S. 412 Anm. 3 zu § 159 „Streikverbot" = auch Aussperrungsverbot s. S. 61.

[168] Die sofortige Kündigung kann z. B. hinsichtlich einer etwaigen Rückwirkung neuer Tarife auf die Zeit vom Ablauf des alten Vertrages an, von erheblicher Bedeutung sein, auch wenn die sonstigen Folgen nicht eintreten.

[169] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 73.

[170] Bischofswerder a. a. O. I. S.

unter Berufung auf Hueck[171] tut, bedeutet aber eine allzu weitherzige Auslegung des BGB.

Eine andere Frage ist, ob die allgemeine Vorschrift der **Nachwirkung** des KAV bis zum Abschluß eines neuen nicht auch auf den Kollektivvertrag zutrifft. Die Frage ist m. E. zu bejahen, soweit die Gültigkeit und Erfüllung der obligatorischen Bestimmungen des Kollektivvertrages für die ordentliche Abwicklung der Geschäfte zwischen Aerzten und Kassen erforderlich ist. Insoweit geht die Weitergeltung des Kollektivvertrages aus der Bestimmung hervor, daß „die Aerzte verpflichtet sind, ihre Tätigkeit einstweilen zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, die Kassen, die ärztliche Tätigkeit anzunehmen und zu vergüten". Soweit jedoch die Weiterverfolgung der obligatorischen Verpflichtungen des Kollektivvertrages **nicht** Voraussetzung für die Zusammenarbeit von Aerzten und Kassen ist, kann sie nach Vertragsablauf nicht mehr verlangt werden.

β) Für die Kasse insbesondere.

Das bisher Gesagte gilt in gleicher Weise für beide Vertragspartner eines KAV. Darüber hinaus sind für die Kasse noch bebesondere öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Kündigungsrechts gegeben.

So kommt z. B. eine Aussperrung der Aerzte für die Kasse schon deshalb nicht in Betracht, weil sie gemäß § 182 RVO dauernd verpflichtet ist, Aerzte für die Versicherten zur Verfügung zu stellen. Aber auch die Kündigung einzelnen Aerzten gegenüber kann, je nach dem geltenden Arztsystem, unter Umständen ausgeschlossen sein. So, wie **Heinemann**[172] ausführt, wenn das System der „freien Arztwahl" (des begrenzten Zulassungszwanges) herrscht. In diesem Falle ist die Kasse zur Zulassung von Aerzten insoweit gezwungen, als sie nicht gemäß § 2 der Zulassungsgrundsätze vom 15. Mai 1925 berechtigt ist, weitere Zulassungen abzulehnen[173]. Wenn danach die Kasse einen Arzt zulassen muß, so kann sie auch die einmal erfolgte Zulassung nicht ohne wichtigen Grund wieder rückgängig machen. Eine Kündigung oder zum mindesten die praktische Durchführung der Kündigung ist daher in diesem Falle nur bei einem wichtigen Grund nach § 626 BGB möglich.

Herrscht dagegen das System der beschränkt freien Arztwahl, bei dem die Zulassung von Aerzten ursprünglich völlig dem freien Ermesesn der Kasse anheimstand, so kann grundsätzlich auch eine Kündigung durch die Kasse erfolgen. Dabei hat die Kasse allerdings, sofern sie die Mindestzahl der Aerzte, die sie vertraglich zu

---

[171] Hueck a. a. O.

[172] Heinemann a. a. O. III.

[173] Darüber, daß die Zulassungsbestimmungen und Grundsätze nur „Richtlinien" darstellen, und daher nur Gültigkeit haben, soweit sie vertraglich vereinbart sind, vgl. oben S. 71.

beschäftigen versprochen hat, unterschreitet, zu gewärtigen, daß ihr der gekündigte Arzt nach erneuter Zulassung durch einen Schiedsspruch wieder aufgedrängt wird.

5. Teil: Die Vertragsfreiheit beim Abschluss eines Kassenarztvertrages.

Betrachten wir nun abschließend, inwieweit in Bezug auf Zustandekommen, Inhalt und Dauer eines Kassenarztvertrages die Vertragsfreiheit gewahrt ist, so zeigt sich, daß sie sowohl beim Kollektivvertrag als auch beim Individualvertrag erhebliche Einschränkungen erfahren hat.

Für beide Teile und alle Beteiligten, Kassenvereinigungen und einzelne Kassen, Aerztevereinigungen und einzelne Aerzte besteht von dem Augenblick an, wo sie **einmal zu Verhandlungen über einen KAV vor dem Vertragsausschuß zusammengekommen sind, keine Möglichkeit mehr, einem Vertrage zu entrinnen, wenn der andere Teil ihn will.** Nur durch Herbeilassung zu einem freiwilligen Kompromiß kann der Aufzwingung durch das Schiedsamt zuvorgekommen werden. Wenn einmal ein Vertrag besteht, so sind die Parteien auch nach Ablauf gezwungen, zunächst zu den Bedingungen des alten Vertrages weiterzuarbeiten, bis freiwillig nach Verhandlungen vor dem VA oder durch Entscheidung des Schiedsamtes ein neuer Vertrag zustande gebracht ist (vgl. oben S. 69 f). Dies gilt allerdings in dieser Ausschließlichkeit nur vom Kollektivvertrag. Vom Einzelarztvertrag gilt es nur insoweit, als seine Auflösung nur zum Zwecke eines Arbeitskampfes vor sich gehen würde.

Darüber hinaus ist **die Kasse** noch ganz besonders in ihrer Freiheit beschränkt, weil sie

1. auf Grund der Verpflichtung zur Gewährung von Krankenhilfe „in natura" gemäß § 182 RVO zum Abschluß von Verträgen mit Aerzten gezwungen ist,
2. bei Nichtbefolgung einer Entscheidung des Schiedsamtes gemäß § 368 r Abs. 2 RVO, abgesehen von den zivilrechtlichen Folgen, auch noch im Dienstaufsichtswege zur Befolgung gezwungen werden kann, und
3. je nach Arztsystem und Zulassungsbestimmungen auch zum Vertragsabschluß mit einem beliebigen Arzt gezwungen werden kann.

Hinsichtlich der Gestaltung des **Inhalts** der Verträge ist grundsätzlich völlige Freiheit gelassen. Die „Richtlinien für den allgemeinen Inhalt der Arztverträge" vom 12. Mai 1926[174] bestimmen in ihrer Einleitung ausdrücklich, daß sie die Vertragsfreiheit nicht aufheben wollen. „Die Richtlinien sollen insbesondere für den Fall von Meinungsverschiedenheiten zum Ausdruck bringen, was

---

[174] AN 1924 S. 148 abgedr. bei Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 129 und Lehmann a. a. O. S. 112.

im beiderseitigen Interesse als angemessen zu gelten hat". In diesem Sinne haben die Richtlinien den Verhandlungen im VA als Leitfaden zu dienen, ohne eine abweichende Vereinbarung auszuschließen. Wenn es allerdings nicht zu einer Einigung vor dem VA kommt, etwa deshalb, weil das VA mit einer Abweichung von den Richtlinien nicht einverstanden ist, so hat das Schiedsamt gemäß § 368 m Abs. 4 RVO seinen Entscheidungen die Richtlinien des RA zu Grunde zu legen, „soweit die Parteien nicht wichtige Gründe dagegen geltend machen".

Für die Vertragsauslegung seitens der **ordentlichen Gerichte** ergibt sich hieraus, daß für sie die Richtlinien des RA in keiner Weise maßgebend sind, sondern höchstens als Anhaltspunkte dienen können.

II. Kapitel: Rechte und Pflichten, die sich aus dem rechtlichen Wesen des Kassenarztvertrages ergeben.

Vorbemerkung. Vertrag und Gesetz als Rechtsquellen.

Wenn nun die wesentlichsten Rechte und Pflichten der Beteiligten, die sich aus der im allgemeinen Teil gegebenen Darstellung des rechtlichen Wesens eines KAV ergeben, einzeln ausgeführt werden, so ist dabei natürlich davon auszugehen, daß eine Abänderung dieser Rechtsfolgen durch den KAV im einzelnen Falle grundsätzlich möglich und praktisch wohl die Regel ist. In erster Linie ist natürlich der einzelne Vertrag maßgebend. Die folgende Darstellung dürfte aber doch im Hinblick darauf gerechtfertigt sein, daß in allen Fällen, wo der Vertrag Zweifel offen läßt oder überhaupt schweigt, das Gesetz zu Rate gezogen werden muß. Außerdem ist auch an den Fall zu denken, daß im Vertrag solche Ausnahmen gemacht sind, die einer zwingenden gesetzlichen Vorschrift widersprechen, oder deren Unsittlichkeit etwa in Anbetracht ihres Widerspruches mit einer billigen und rechtmäßigen Verteilung von Rechten und Pflichten zu erwägen ist.

1. Teil: Pflichten des Arztes.

a) Die ärztliche Leistungspflicht im allgemeinen.

Gemäß § 611 BGB hat der Arzt „die versprochenen Dienste" zu leisten. Die besondere Sorgfalt, die dabei dem Wesen der ärztlichen Leistung gemäß anzuwenden ist, und die besondere Sachkenntnis, für die der Arzt einzustehen hat, ist dieselbe, die auch bei Behandlung eines Privatpatienten erforderlich ist[175]. **Der Kassenarzt schuldet dem Kassenmitglied in jeder Hinsicht die gleiche Leistung wie jedem Privatpatienten, soweit nicht im KAV aus-**

[175] Ueber die Pflichten des Arztes einem Privatpatienten gegenüber vgl. die eingehenden Darstellungen von Hegener, Hellwig, Joachim Korn, Teufel, jeweils a. a. O.

drückliche Einschränkungen gemacht sind. Daß er natürlich dem Kassenpatienten das nicht schuldet, was er auch dem Privatpatienten gegenüber nur „als ein übriges tut", ist klar.

Die Einschränkungen, die durch den KAV gemacht zu werden pflegen, sind zahlreich und einschneidend. So beispielsweise die Verpflichtung zu größter Sparsamkeit in ihrer vielfältigen Auswirkung. Sehr wesentlich ist auch die Einschränkung des Krankheitsbegriffes durch die RVO[176].

Aus der allgemeinen Verpflichtung zur Dienstleistung nach § 611 BGB ergeben sich nun noch gewisse „Nebenleistungen", für die der Dienstpflichtige einzustehen hat[177]. Es ist zu prüfen, wie weit diese Verpflichtungen auch zu den Verpflichtungen des Kassenarztes gehören.

b) Hat der Kassenarzt eine „Treupflicht"?

Als spezifische Eigenschaft des Dienstvertrages wird in der Regel eine besondere über die allgemeine Vertragspflicht der Leistung nach Treu und Glauben hinausgehende „Treupflicht" angenommen[178]. Diese, aus der Entwicklung des deutsch-rechtlichen Dienstvertrages, als eines mehr personenrechtlichen, denn obligatorischen Verhältnisses abgeleitete besondere Pflicht kann jedoch bei einer besonders rein obligatorischen Form des Dienstvertrages, wie sie der Kassenarztvertrag darstellt, keinen Platz haben. Eine über das Maß der allgemeinen Verpflichtung zur Leistung nach Treu und Glauben hinausgehende **positive Pflicht zur Wahrnehmung von Interessen des Dienstberechtigten,** wie sie bei engerer persönlicher Eingliederung des Dienstpflichtigen in den Betrieb des Dienstberechtigten gerechtfertigt ist, kann also im Verhältnis des Arztes zur Kasse **nicht** angenommen werden.

Aber auch dem Kassenmitglied gegenüber besteht eine solche Treupflicht nicht. Das ergibt sich schon aus dem Wesen der ärztlichen Tätigkeit auch im Verhältnis zum Privatpatienten. Die Notwendigkeit einer gewissen persönlichen Hingabe des Arztes ist eine Sache des Gefühls, die rechtlich nicht erfaßt werden kann und mit dem Begriff der „Treupflicht" nichts zu tun hat.

c) Die Pflicht zur Unterlassung einer dem Zweck der versprochenen Leistung zuwiderlaufenden Tätigkeit.

Eine Pflicht zur Unterlassung jeder dem Zweck der Leistung zuwiderlaufenden Tätigkeit ist auch für den Arzt aus § 242 BGB zu folgern[179]. In Gestalt eines Wettbewerbsverbotes kommt diese Pflicht hier allerdings nicht in Betracht. Doch lassen sich Fälle denken, in welchen diese Pflicht praktisch in Frage kommt. So sind beispielsweise alle Handlungen des Arztes als unzulässig zu betrachten, die geeignet sind, den allgemeinen Gesundheitszustand

[176] Vgl. oben Anm. 62 und MAV.

[177] Vgl. KRGR Anm. 1 zu § 611.

[178] Vgl. auch Nikisch a. a. O. S. 124 ff.

[179] Vgl. KRGR zu § 611 und die dort zitierten Entsch.

der Kassenmitglieder zu verschlechtern. Als solche Handlungen wären z. B. die heimliche Verschaffung oder gar Verbreitung schädlicher oder gefährlicher Genußmittel (Opium, Kokain u. a.) anzusehen.

d) Hat der Kassenarzt eine Unterordnungspflicht?

α) Der Kasse gegenüber.

Eine Verpflichtung, Weisungen des Dienstberechtigten zu befolgen, ergibt sich aus dem Dienstvertrag **als solchem** nicht. Inwieweit der Dienstpflichtige dem „Direktionsrecht" des Arbeitgebers untersteht, ist jeweils aus der Art des einzelnen Dienstvertrages zu schließen. Soweit dieser nicht seinem Wesen nach (Angestellten- oder Arbeiterverhältnis), oder durch besondere Vertragsbestimmungen ein Recht zur Erteilung nachträglicher Weisungen an den Dienstpflichtigen vorgesehen hat, braucht der Dienstpflichtige solche Weisungen auch nicht zu befolgen[180].

Bei der ausgesprochenen Unabhängigkeit der kassenärztlichen Tätigkeit kann daher von einer Pflicht des Kassenarztes, nachträgliche Weisungen der Krankenkasse zu befolgen, nicht die Rede sein. Dagegen hat der Kassenarzt natürlich die **Dienstanweisung**, als einen Teil des Dienstvertrages, zu befolgen. Eine nachträgliche Aenderung dieser Dienstanweisung braucht er sich aber nicht gefallen zu lassen, da dies eine Vertragsänderung darstellt, die nur mit beiderseitiger Einwilligung vorgenommen werden kann.

Heinemann[181] spricht von einer „Unterordnungspflicht" des Kassenarztes, die er darin sieht, daß der Arzt sich der Dienstanweisung und der Kontrolle durch Vertrauensleute unterwerfen müsse. Der Kassenarzt unterstehe einer Aufsichts- und Disziplinargewalt, welche ihn mit Geldbußen belegen und lediglich überhaupt aus der Kassenpraxis ausschließen könne. Aus dieser Tatsache folgert Heinemann, daß der KAV ein Dienstvertrag sei. Er behauptet damit allerdings nicht, daß sich aus dem Dienstvertrag **als solchem** eine Unterordnungspflicht ergeben müsse, sondern er meint, daß die sich ohnehin aus dem KAV ergebende Unterordnungspflicht nur in die Rechtsform eines Dienstvertrages hineinpasse. Aber es ist sowohl falsch, die Pflicht zur Befolgung der Dienstanweisung und zur Duldung der Nachkontrolle durch einen Vertrauensarzt als „Unterordnungspflicht" zu bezeichnen, oder eine weitergehende solche Unterhaltungspflicht daraus zu schließen, als es auch nicht notwendig ist, aus dem Vorhandensein dieser Pflichten den Schluß auf das Vorliegen eines Dienstvertrages zu ziehen. Denn eine Unterordnungspflicht liegt eben nur dann vor, wenn der Dienstpflichtige grundsätzlich **nachträgliche** Weisungen zu befolgen hat. Und andererseits kann sowohl die Befolgung einer gewissen Vorschrift hinsichtlich der Art der Leistung als auch die Unterwerfung unter eine Leistungskontrolle und unter

---

[180] Vgl. Nikisch a. a. O. S. 96 ff., insbesondere S. 99.
[181] Heinemann a. a. O. I.

Vertragsstrafen bei jedem anderen Vertrag auch vereinbart sein[182/183].

β) Dem Kassenpatienten gegenüber.

Etwas anderes ist die Frage, ob, und in welchem Grade, der Kassenarzt verpflichtet ist, Wünsche des Kassenpatienten über die Art der Behandlung zu berücksichtigen. Grundsätzlich dürfte eine dahingehende Verpflichtung des Arztes nicht anzunehmen sein. Denn wenn man auch davon ausgeht, daß die Pflichten des Kassenarztes dem Kassenpatienten gegenüber dieselben sind, wie die Pflichten, die er einem Privatpatienten gegenüber hat, soweit nicht besondere Vorschriften des Kassenarztvertrages Einschränkungen machen, sind gerade in dieser Hinsicht die Einschränkungen durch den KAV so bedeutend, daß es einer grundsätzlichen Ausschaltung von Privatwünschen des Kassenpatienten gleichkommt[184]. Selbst wenn man jedoch grundsätzlich eine Pflicht des Arztes, Wünsche von Kassenmitgliedern in Zweifelsfällen zu befolgen, annehmen wollte, würde sich praktisch nicht viel ändern, da die Voraussetzung für die Berechtigung eines Sonderwunsches doch immer die wäre, daß der Arzt das Vorliegen eines Zweifelsfalles subjektiv anerkennt.

e) Die Pflicht zur Abweichung von der Dienstanweisung; Anzeigepflicht.

Eine Pflicht zur Befolgung von nachträglichen Weisungen der Krankenkasse ergibt sich auch nicht aus dem Wesen des Kassenarztvertrages als Geschäftsbesorgungsvertrag. Wenn § 665 BGB von Weisungen spricht, von denen u. U. nicht abgewichen werden darf, so setzt er voraus, daß das Recht zur Erteilung solcher Weisungen anderweit begründet ist[185]. Die „Dienstanweisung" des

---

[182] So auch Reinhard a. a. O. S. 549.

[183] Darüber, daß auch die vertraglichen Weisungen der Kasse natürlich nur soweit gehen können, als nicht ein Eingriff in die eigentliche ärztliche Fachtätigkeit vorliegt, besteht kein Zweifel. Allerdings können solche Weisungen in einem Ambulatorium kraft der Autorität der Kasse durch den vorgesetzten Arzt gegeben werden; niemals dagegen einem freitätigen Kassenarzt.

[184] Ueber die Pflicht des Arztes, Weisungen des Kranken zu berücksichtigen, siehe b. Ebermayer, Joachim Korn, Hellwig, Hegener Teufel, jeweils a. a. O.

[185] Vgl. KRGR Anm. 2 zu § 665: „Sonstige nachträgliche Weisungen braucht der Beauftragte nur zu befolgen, wenn sie die Ausführung des Auftrages nicht erschweren. Sie stellen einen Widerruf des ursprünglich anders gearteten Auftrages dar, verbunden mit einem neuen Auftrage, **den der Beauftragte ablehnen darf.**" Grundsätzlich anderer M. ist Warneyer mit Oertmann, Plank, Staudinger und Sternburg, in dem er sagt, daß der Beauftragte grundsätzlich auch nachträgliche Weisungen zu befolgen habe, falls diese nicht seine Stellung erheblich erschweren. Jedoch ist auch damit die Folgerung vereinbar, daß der Kassenarzt solche nachträglichen Weisungen nicht zu befolgen braucht, da der Standpunkt von Warneyer zunächst nur vom Auftrag ausgeht. § 665 ist aber nicht zwingend und kann in einem

Kassenarztes kann als Weisung im Sinne des § 665 BGB betrachtet werden. Gemäß diesem § kann der Arzt somit auch von der Dienstanweisung abweichen.

Darüber hinaus ist jedoch aus dem Wesen des Kassenarztvertrages zu schließen, daß das Recht zur Abweichung von der Dienstanweisung unter Umständen zu **einer Pflicht werden kann,** nämlich dann, wenn die Befolgung einer Vorschrift der Dienstanweisung — z. B. ein Verbot der Verordnung einer teueren Arznei — im besonderen Falle zu einer starken Benachteiligung des kranken Versicherten führen, etwa sogar seine Heilung in Frage stellen würde. In diesem Konflikt zwischen den Pflichten des Arztes aus demselben Dienstvertrage, einerseits zur Heilung des Kranken sein Möglichstes zu tun, andererseits die Sparpflicht der Kasse gegenüber zu befolgen, besteht ohne jeden Zweifel **ein Vorrang der Heilpflicht.** Daraus geht hervor, daß der Arzt nicht nur das Recht, sondern u. U. die Pflicht hat, von der Dienstanweisung abzuweichen, und zwar gleichgültig, ob die Zustimmung der Kasse anzunehmen ist, oder nicht. Denn eine Bestimmung des Kassenarztvertrages, die in einem besonderen Falle zu einer **unbilligen** Benachteiligung des Kassenmitgliedes führen würde, könnte für diesen Fall keine Geltung haben, da sie, selbst wenn ihre Gültigkeit auch für diesen besonderen Fall gewollt wäre, unsittlich wäre. Hier ist also auch gleichzeitig ein Fall denkbar, wo das Recht des Kassenmitgliedes als des Drittberechtigten kraft seiner Unwiderruflichkeit stärker wird, als das Recht des Versprechensempfängers.

Auf jeden Fall ergibt sich aus § 665 BGB für den Arzt die Pflicht, von einer Abweichung von seiner Dienstordnung der Kasse Anzeige zu machen.

f) Die Pflicht zur Leistung in Person. Vertretung, Hilfspersonen und Haftung für diese.

Nach § 613 BGB hat der Dienstpflichtige die Dienste im Zweifel in Person zu leisten. Soweit bei Schweigen des KAV über die Frage der persönlichen Leistungspflicht des Arztes noch ein Zweifel darüber sein könnte, ist er damit entschieden. In den MAV ist Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht in § 7 der Dienstanweisung ausdrücklich festgelegt. Nur bei wichtigem Grund und mit Genehmigung der Kasse ist eine dauernde Vertretung statthaft.

Von der Pflicht zur Leistung in Person sind jedoch einige Ausnahmen zu machen, die dem Brauch und der Billigkeit entsprechen und daher, wenn der KAV nichts darüber bestimmt, als stillschweigend vereinbart zu gelten haben (z. B. Anspruch auf Urlaub).

Es fragt sich nun aber, ob eine solche vorübergehende Unterbrechung der Dienstleistung als eine Ausnahme von der Leistung in Person, oder nicht viel mehr überhaupt als eine Unterbrechung

---

Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, zu dessen Wesen aber eine Pflicht zur Befolgung nachträglicher Weisungen nicht paßt, auch ohne ausdrücklichen Hinweis als wegbedungen betrachtet werden.

der Dienstleistung **als solcher** zu betrachten ist. Eine grundsätzliche Antwort durfte hier nicht möglich sein. Es wird von den Umständen des einzelnen Falles abhängen, ob das eine oder das andere anzunehmen ist. Insbesondere wird die Zahl der bei der betreffenden Kasse zugelassenen Aerzte zu berücksichtigen sein. Jedoch kann man wohl sagen, daß mangels besonderer Gründe eine Unterbrechung **der Leistungspflicht als solcher** anzunehmen ist, zumal wenn eine Bezahlung nach einzelnen Leistungen erfolgt. Ein Vergleich mit Dienstverhältnissen anderer Art, der ebenfalls zu Gunsten der letzten Annahme spricht, ist mit Vorsicht anzuwenden, da es sich beim Arzt nicht um einen Angestellten handelt und der KAV, wie schon erwähnt, eine besondere rein obligatorische Form des Dienstvertrags darstellt.

Die aufgeworfene Frage ist deshalb von praktischer Bedeutung, weil die Verpflichtung zur Stellung eines Vertreters und die rechtliche Beurteilung eines Vertretungsverhältnisses davon abhängig ist. Ist die Leistungspflicht **als solche** unterbrochen, so ist eine Verpflichtung zur Stellung eines Vertreters nicht gegeben. Ist nur von der Pflicht der **persönlichen** Leistung eine Ausnahme gemacht, so ergibt sich die Pflicht zur Stellung eines Vertreters ohne weiteres.

Im KAV ist dem Arzt die Pflicht zur Stellung eines Vertreters **ausdrücklich** auferlegt. Daraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß sich diese Pflicht nicht **schon ohnehin** aus dem KAV ergibt. Wenn die Verpflichtung zur Stellung eines Vertreters nur von dem Gesichtspunkt aus zu betrachten ist, daß der Arzt seinen Kassenpatienten einen besonders instruierten anderen Kassenarzt als „Vertreter" zu benennen hat, damit beispielsweise kein KM während eines Behandlungsfalles gezwungen ist, selbst einen neuen Arzt zu suchen, so liegt ein eigentliches Vertretungsverhältnis nicht vor. Der Vertreter handelt im eigentlichen Namen und auf eigene Verantwortung.

Wenn dagegen eine Verpflichtung zur Stellung eines Vertreters in der **fortgesetzten Leistungspflicht** begründet ist, so erfüllt der Vertreter eine **fremde** Verpflichtung. Er hat dann sowohl der Krankenkasse, als auch dem Kassenmitglied gegenüber die Stellung eines Erfüllungsgehilfen des Arztes, den er vertritt.

Diese Stellung des Vertreters ist auf jeden Fall anzunehmen, wenn er nicht selbst bei der betreffenden Kasse zugelassen ist, da er ja dann in eigenem Namen nicht handeln kann. Eine Vertretung im rechtsgeschäftlichen Sinne liegt dabei natürlich nicht vor, soweit es sich um die Erfüllung der Verpflichtung der Kasse und dem Dritten gegenüber handelt, da hier nur **sachliche** Leistungen in Frage kommen. Ob der „Vertreter" aber auch hinsichtlich des quasi-kontraktlichen Verhältnisses, das zwischen Kassenarzt und Kassenpatient entsteht, als rechtsgeschäftlicher Vertreter des Kassenarztes anzusehen ist, ist damit nicht entschieden. Es ist jedoch im Zweifel anzunehmen, vor allem in jenen Fällen, wo der

Kassenarzt nicht zufällig, sondern auf Grund besonderen Vertrauens aufgesucht wird.

Auf jeden Fall haftet der Kassenarzt für einen ihn vertretenden Nichtkassenarzt **aus dem Vertrag zu Gunsten des Dritten** nach § 278 BGB. In dem Musterarztvertrag von **Lehmann** ist gesagt, daß der vertretene Arzt für die kassenärztliche Tätigkeit des Vertreters verantwortlich ist, „sofern er nicht durch einen zugelassenen Kassenarzt vertreten wird". Hier ist also angenommen, daß der Vertreter nur im Innenverhältnis für den Vertretenen tätig ist (was sich vor allem in der Honorarstellung auswirken dürfte), dagegen im Verhältnis mit der Kasse, vor allem aber mit dem Versicherten, als selbständiger Kassenarzt handelt.

Die Heranziehung von Hilfspersonen (Assistenten, Schwestern) kann in dem Umfange als statthaft betrachtet werden, in welchem eine Mithilfe solcher Personen im Rahmen der ärztlichen Tätigkeit üblich ist. Als unzulässig wäre es jedenfalls zu betrachten, wenn die Kassenärzte die Versicherten in der Regel nur von ihren Assistenten behandeln ließen. Für Hilfspersonen haftet der Kassenarzt nach § 278 BGB, und zwar auch dann, wenn er, was allerdings selten vorkommen dürfte, einen selbst bei der Kasse zugelassenen Arzt als Assistenten beschäftigen sollte. Hinsichtlich einer Hilfsperson kann dies jedenfalls mit größerer Entschiedenheit behauptet werden, als hinsichtlich eines Vertreters.

g) Hat der Kassenarzt die Pflicht, überwiesene auswärtige Kassenmitglieder zu behandeln?

Aus § 332 BGB geht hervor, daß der Versprechensempfänger ohne vertraglichen Vorbehalt kein Recht hat, die Leistung an einen anderen als den im Vertrag bezeichneten Dritten zu verlangen. Daraus ergibt sich, daß der Kassenarzt nicht verpflichtet ist, solche von der Krankenkasse überwiesene Personen zu behandeln, die von der im KAV festgelegten allgemeinen Bezeichnungen der zu Behandelnden nicht erfaßt sind. Wenn also im KAV nur gesagt ist, daß die Aerzte die Behandlung der „Mitglieder der bezeichneten Krankenkasse und ihrer Angehörigen" zu übernehmen haben, so sind sie zur Behandlung von **überwiesenen Mitgliedern auswärtiger Krankenkassen nicht** verpflichtet. Aus dem Passus des KAV, daß die Kasse „für die Behandlung überwiesener Mitglieder auswärtiger Kassen außerhalb des Pauschales die Mindestsätze der Preuß. Gebührenordnung bezahlt" (vgl. MAV S. IX) ist m. E. nicht zu schließen, daß eine Pflicht des Arztes, diese überwiesenen Kassenmitglieder zu behandeln, besteht. Die mangelnde Beziehung dieses Passus des Vertrages zu der eigentlichen Verpflichtung des Kassenarztes zeigt sich darin, daß es sich bei ihm selbst und allen Bestimmungen seiner Umgebung allein um die Berechnung des Pauschales handelt.

Die Kasse hat daher weder selbst ein Recht, von einem Arzt die Behandlung eines überwiesenen auswärtigen Kassenmitgliedes zu verlangen, noch hat ein solches auswärtiges Kassenmitglied

irgendwelches Recht gegen den Arzt. Die Kasse wird also, wenn sie dem Arzt ein auswärtiges Kassenmitglied zur Behandlung überweist, einen besonderen Vertrag zu Gunsten dieses schließen, der dann allerdings auf die Normen des Kassenarztvertrages weitgehend Bezug nehmen wird.

h) Umfaßt die Verpflichtung des Kassenarztes auch die Behandlung neu in den Kreis der Versicherungspflichtigen aufgenommener Personen?

Weniger eindeutig als bei der Ueberweisung auswärtiger Kassenmitglieder liegt der Fall, wenn eine Erweiterung des Kreises der der Krankenversicherung unterliegenden Personen eintritt. Es fragt sich, ob der Vertrag nur für die Umgrenzung des Mitgliederkreises geschlossen sein soll, wie er z. Zt. des Vertragsabschlusses gesetzlich bestimmt ist, oder ob er schlechthin jede Gesetzesänderung in dieser Hinsicht mitumfassen soll. Eine grundsätzliche Beantwortung dieser Frage kann unterbleiben, da man für den Fall einer unbilligen Mehrbelastung der Aerzte durch eine solche Erweiterung des Mitgliederkreises der Kasse auf jeden Fall § 157 BGB zu Gunsten der Aerzte zur Anwendung bringen müßte, vor allem, wenn eine feste Pauschale als Gegenleistung vereinbart ist[186]. Bei einer von der Zahl der Kassenmitglieder mittelbar oder unmittelbar abhängigen Bezahlungsweise, wie sie heute wohl vorherrscht, wird den Aerzten eine Erweiterung der Patientenzahl in der Regel nur erwünscht sein.

Bei **Ebermayer** wird im Anschluß hieran die Frage erörtert, ob die Aerzte für den Fall, daß die Kasse sich weigert, ihnen die neuhinzugekommenen Mitglieder als solche zu bezeichnen, ein Kündigungsrecht zustehe. Es ist dort **Korn** als Vertreter, **Hahn** als Gegner dieser Ansicht angeführt. Der letztere sagt mit Recht, daß die Aerzte kein besonderes Recht auf Kenntlichmachung dieser Personen haben. Aber dieses Recht auf Kenntlichmachung kann immerhin als eine Verwirklichungsmöglichkeit des Rechtes auf Ausgleichung der durch den veränderten Mitgliedschaftskreis entstandenen Benachteiligung der Aerzte in Betracht gezogen werden. Allerdings kann ein Kündigungsrecht der Aerzte nicht auf eine Verweigerung der Befriedigung eines solchen Anspruchs auf Kenntlichmachung begründet werden, sondern gegebenenfalls nur darauf, daß jeder Ausgleich für die Erweiterung des Kreises der Versicherungspflichtigen und damit Behandlungsberechtigten verweigert wird.

i) Die Anzeigepflicht bei Ablehnung eines Auftrages.

Es wurde bereits oben (S. 28 f) der Standpunkt vertreten, daß eine Anzeigepflicht des Arztes bei Ablehnung eines Behandlungs-

---

[186] Die Ansicht, daß die Aerzte grundsätzlich **nicht** zur Behandlung neu in den Kreis der Versicherungspflichtigen eingerückter Personenkategorien verpflichtet sind, wird vertreten von Hahn, Fuld, Korn und Ebermayer. S. d. a. a. O. S. 218.

auftrags auch in seinem Verhältnis zu einem Privatpatienten angenommen werden muß, obwohl der Vertrag mit dem Privatpatienten keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, § 663 BGB daher nur analoge Anwendung finden kann. Der Kasse und dem KM gegenüber kommt eine Anzeigepflicht in der Regel praktisch überhaupt nicht in Frage, da bei dem Abschluß eines **KAV als solchen** eine plötzliche Beauftragung, wie sie in § 663 BGB vorausgesetzt ist, nicht gut denkbar ist, und das **Kassenmitglied** einen **Anspruch** auf Behandlung hat, somit eine Ablehnung ihm gegenüber vertragswidrig wäre.

Eine Anzeigepflicht gemäß § 663 BGB kommt jedoch für den Fall in Betracht, daß dem Arzt von der Kasse ein auswärtiges Kassenmitglied überwiesen wird, zu dessen Behandlung er ja nicht verpflichtet ist.

k) Die Rechenschafts- und Schweigepflicht.

Die einzelnen im KAV besonders begründeten Mitteilungspflichten des Arztes finden ihre gesetzliche Grundlage und Ergänzung in § 666 BGB, auf dem sich eine allgemeine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht ergibt.

Diese Pflicht steht naturgemäß in Widerspruch zu **der ärztlichen Schweigepflicht.** Der Gedanke, daß die ärztliche Schweigepflicht dem **Kassenmitglied** gegenüber überhaupt nicht gelten könne, ist von vornherein abzulehnen. Es kann auch keinesfalls in Frage kommen, daß die ärztliche Schweigepflicht der Kasse gegenüber **auf Grund des § 666 BGB** schlechthin gänzlich in Wegfall kommt. Auf eine Offenbarung von solchen Tatsachen, an denen die Kasse nicht unmittelbar ein wirtschaftliches Interesse hat, die also für den Zweck der „Geschäftsbesorgung" nicht von wesentlicher Bedeutung sind, besteht nach § 666 BGB überhaupt keine Auskunftspflicht des Arztes. Hinsichtlich solcher Tatsachen wäre daher eine Mitteilung an die Kasse auf jeden Fall eine unbefugte.

Ein Pflichtenkonflikt kann daher nur in Bezug auf die Mitteilung **solcher** Tatsachen bestehen, hinsichtlich derer einerseits die Kasse aus wirtschaftlichen Gründen ein Interesse an der Mitteilung, andererseits der Kassenpatient ein Interesse an der Geheimhaltung hat. Von verschiedenen Strafrechtslehrern (**Frank**[187], **Allfeld**[188]) wird die Ansicht vertreten, daß allgemein eine Mitteilung an solche Personen keine unbefugte sei, denen ein Recht auf Kenntnisnahme zusteht. Das hätte zivilrechtlich die gleiche Bedeutung wie strafrechtlich, nämlich die des Wegfalls der Widerrechtlichkeit einer solchen Mitteilung. Diese Ansicht dürfte in dieser Absolutheit jedoch nur dann zu vertreten sein, wenn man

---

[187] Frank „Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 10. Aufl. Tübingen 1925, S. 657.

[188] Allfeld „Lehrbuch des deutschen Strafrechts", 8. Aufl., Leipzig 1922, S. 407.

einen **öffentlich-rechtlichen** Anspruch auf Kenntisnahme voraussetzt. Die Kasse hat aber trotz ihrer öffentlich-rechtlichen Stellung nur einen privatrechtlichen Anspruch auf Mitteilung.

Zu einer Lösung des Konfliktes gelangen wir durch folgende Ueberlegung: Darin, daß der Versicherte die Tätigkeit des Arztes in Anspruch nimmt, obwohl er weiß, daß ein anderer, die Kasse, für ihn den Vertrag mit dem Arzt abgeschlossen hat und für ihn die Unkosten der Behandlung trägt, ist ein Verzicht auf die Geheimhaltung solcher Tatsachen zu sehen, die für die Gestaltung dieser Unkosten von Bedeutung sind. Dieser Verzicht des Versicherten entspricht der Billigkeit und kann als eine stillschweigende Voraussetzung für die Hilfspflicht der Kasse und demnach auch für die Tätigkeitspflicht des Arztes dem betreffenden Versicherten gegenüber betrachtet werden. Da somit die Schweigepflicht des Kassenarztes hinsichtlich derjenigen Tatsachen, an denen die Kasse ein wirtschaftliches Interesse auf Mitteilung hat, wegfällt, ist ein Grund für eine Beschränkung der Auskunftspflicht gegenüber der Kasse nicht gegeben[189]. Wann nun ein wirtschaftliches Interesse der Kasse vorliegt, kann nur nach dem einzelnen Falle beurteilt werden. Jedoch ist anzunehmen, daß dieses wirtschaftliche Interesse für alle Fälle vorliegt, für die im KAV eine Auskunftspflicht der Kasse gegenüber ausdrücklich festgelegt ist.

2. Teil: Pflichten der Krankenkasse.

a) Die Vergütungspflicht.

α) Unmittelbare und mittelbare Bezahlungsweise.

Wie falsch es wäre, die Frage nach der Rechtsnatur des Kassenarztvertrages (insbesondere ob Dienstvertrag oder Werkvertrag) nach dem Bezahlungssystem zu beurteilen, erkennt man besonders deutlich beim Eingehen auf die vielfältigen vorhandenen und möglichen Formen der praktischen und rechtlichen Gestaltung der Bezahlungsweise.

Einfach ist die Sachlage freilich, wenn die Bezahlung **unmittelbar** von der Kasse an den Arzt erfolgt. Meist ist jedoch die Bezahlungsweise so geregelt, daß der einzelne Arzt seine Vergütung nicht unmittelbar von der Kasse erhält, sondern daß an die Gesamtheit der Aerzte eine Pauschale bezahlt wird. Wie groß der Anteil des einzelnen Arztes daran ist, ist der Kasse gleichgültig. Sie überläßt es vollkommen den Aerzten, sich untereinander darüber einig zu werden. Es ist dabei unerheblich, ob die tatsächliche Auszahlung von der Kasse aus direkt an den Arzt erfolgt. Maßgebend ist, wo die Verteilung vorgenommen wird.

Es steht demnach im Falle der mittelbaren Bezahlungsweise in Frage, ob der einzelne Arzt überhaupt einen Anspruch auf

---

[189] Im Erfolg die gleiche Ansicht vertreten Ebermayer a. a. O. S. 67 und Lehmann a. a. O. S. 210. Lehmann zitiert dabei das RG ohne Stellenangabe. Ferner Bart VGH. E. v. 14. 11 1905.

Honorarzahlung gegen die Kasse hat. Hat er wenigstens, wenn auch keinen Anspruch auf unmittelbare Bezahlung, einen solchen auf Zahlung an die ärztliche Organisation? Im einzelnen Falle hängt die Beantwortung dieser Frage von der ganzen rechtlichen Konstruktion des Bezahlungssystems, vor allem von der rechtlichen Stellung der ärztlichen Verrechnungsstelle ab.

β) Die Rechtslage bei einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft als Verechnungsstelle.

Ist die Verrechnungsstelle die Geschäftsstelle einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, sei es in Gestalt eines nicht rechtsfähigen Vereines, oder einer loseren Vereinigung, die von den Aerzten der betreffenden Kassen zusammen gebildet wird, so kommt **eine Gesamthandforderung** sämtlicher mit der Kasse im Vertragsverhältnis stehenden Aerzte auf das Pauschale zustande. Rechtsgrund der Gesamthandforderung kann sein die Gesamtheit der Verträge der einzelnen Aerzte als berechtigender Verträge auf Leistung an einen Dritten — nämlich die ärztliche Verrechnungsstelle. Hierbei käme eine echte Gesamthandforderung nur dann zustande, wenn der Versprechensempfänger auf sein eigenes Recht, die Zahlung an den Dritten zu verlangen, verzichtet, da andernfalls im Gegensatz zur echten Gesamthandforderung jeder einzelne auf Leistung des ihm zustehenden Teiles an die Gesamtheit klagen könnte.

Die andere Möglichkeit ist die, daß der Vertrag der Aerztevereinigung selbst mit der Kasse Rechtsgrund des Anspruchs auf das Pauschale ist. In diesem Falle ist es wiederum denkbar, daß der Vertrag zwischen Kasse und Aerztevereinigung Bestimmungen hinsichtlich der Verteilung zu Gunsten der Aerzte vorsieht[190]. Dies wäre dann ein Vertrag auf Leistung an Dritte, aus dem die Aerzte, unabhängig von dem Gesellschaftsverhältnis untereinander, ein Recht auf ihren Anteil an dem Pauschale erhalten würden. Ein solches Recht wäre vor allem für den Fall wichtig, daß ein Arzt zwar auf Grund des Kollektivvertrages mit der Kasse im Vertragsverhältnis steht, ohne aber Mitglied des Aerztevereins zu sein.

γ) Die Rechtslage bei einem rechtsfähigen Verein als Verrechnungsstelle.

Ist die Verrechnungsstelle juristische Person, so sind die Möglichkeiten hinsichtlich des Rechtsgrundes der Forderung insofern die gleichen, als diese sowohl auf einer Gesamtheit vom berechtigenden Verträgen auf Leistung an die Verrechnungsstelle, als auch auf einen Vertrag dieser selbst mit der Kasse beruhen könnte. Nun würde es sich in keinem Fall um eine Gesamthandforderung handeln. Hier ist beispielsweise der Fall denkbar,

---

[190] Der Passus des MAV bei Lutz Richter-Sonnenberg (s. Anm. 87) § 3 ganz am Ende: „Dieser verteilt die Summe an die empfangsberechtigten Aerzte" kann wohl als die vertragliche Vereinbarung eines Rechtes der Aerzte als Dritter angesehen werden.

daß der Aerzteverein als E. V., dessen Geschäftsstelle die Verrechnungsstelle ist, gleichzeitig als Kollektivvertragspartei aufgetreten ist und sich dabei einen ausschließlichen Anspruch auf das Pauschale von der Kasse hat versprechen lassen. Das Vertragsverhältnis zwischen Kasse und Verrechnungsstelle ist dann ein ziemlich einfaches. Fraglich ist aber, worin die Gegenleistung der Kasse dem einzelnen Arzt gegenüber besteht.

δ) Worin besteht die Leistung der Krankenkasse bei mittelbarer Bezahlung?

Wenn die Verpflichtung der Kasse zur Zahlung der Pauschale auf einem unmittelbaren Vertrag zwischen Kasse und Aerztevereinigung als Verrechnungsstelle beruht, wie es in der Regel der Fall sein wird, kann die Gegenleistung der Kasse an die einzelnen Aerzte auf Grund des abgeschlossenen Einzelarztvertrages in folgenden rechtlichen Gestalten erscheinen:

1. In dem außer dem Aerzteverein auch dem einzelnen Arzt gegebenen Versprechen auf Leistung des Pauschales an die Aerztevereinigung als Verrechnungsstelle (vgl. MAV Verpflichtungsschein, s. Anm. 17a, S. 12).
2. In einem mit dem Aerzteverein zu Gunsten des einzelnen Arztes vereinbarten Recht auf seinen Anteil an dem Pauschale, gemäß dem Verteilungssystem des Aerztevereins (vgl. MAV).
3. Ausnahmsweise **allein in der Zulassung** und der damit gewährten Chance auf Erwerbung eines Anspruches auf Anteil an dem Pauschale. Diese Chance kann als Gegenleistung allerdings nur dann befriedigen, wenn dabei ein Vertragsverhältnis des Arztes mit dem Aerzteverein als Verrechnungsstelle vorausgesetzt wird. Ein Außenseiter, der weder auf Grund des Gesellschaftsvertrages oder der Vereinssatzung, noch auf Grund eines besonderen Vertrages mit dem Aerzteverein einen Anspruch auf Anteil an dem Pauschale gesichert hat, kann also nur auf dem zweiten Wege ohne Schwierigkeit zu seiner Vergütung gelangen.

Dadurch, daß der Arzt kein unmittelbares Recht gegen die Kasse auf Honorarzahlung erwirbt, wird seine sonstige Rechtsstellung der Kasse gegenüber in keiner Weise berührt. Insbesondere bleiben alle sonstigen, auf Grund irgendwelcher Haftpflicht oder besonderen Aufwendungen entstehenden Ansprüche **unmittelbare Ansprüche zwischen Arzt und Kasse.**

b) Hat die Krankenkasse eine Beschäftigungspflicht?

Eine Verpflichtung der Krankenkasse zur Beschäftigung eines Kassenarztes besteht in dem Falle einer freien oder beschränkt freien Arztwahl schon deshalb nicht, weil der Arzt nur auf freiwillige Aufforderung seitens eines Kassenmitgliedes in Tätigkeit zu treten braucht, die Kasse aber keinen Versicherten zwingen kann, einen bestimmten Arzt zu wählen. Die Bereitschaftspflicht des Arztes ist dabei, wenn die Bezahlung nur nach einzelnen

Leistungen berechnet wird, nicht aber in einem Fixum besteht, durch die Chance abgegolten, die mit der Zulassung gewährt worden ist. Bei Vereinbarung eines festen Gehaltes würde die Pflicht zur Zahlung, mangels besonderer Vorschriften, dadurch nicht berührt, daß eine Beschäftigung des Arztes deshalb nicht erfolgt ist, weil kein Versicherter die Hilfe des betreffenden Arztes begehrt hat.

Wo dagegen ausnahmsweise eine Zuweisung der erkrankten Kassenmitglieder an die Aerzte durch die Kasse erfolgen sollte, wäre eine stillschweigende Zusicherung des Rechtes auf entsprechende Berücksichtigung jedes einzelnen Arztes bei der Zuweisung anzunehmen. Diese Annahme wäre vor allen Dingen in dem Falle begründet, daß die Vergütung nach Einzelleistungen erfolgen würde. Denn dann wäre der Arzt, um überhaupt zu einem Verdienst aus der Kassenpraxis kommen zu können, restlos auf die Zuweisung seitens der Kasse angewiesen. Die Pflicht zur Bereitschaft des Arztes müßte dann als durch die stillschweigende Zusicherung abgegolten betrachtet werden, daß dem Arzt eine entsprechende Anzahl von erkrankten Kassenmitgliedern zugewiesen wird. Man könnte in diesem Falle auch daran denken, daß eine Verpflichtung zur Zahlung der vereinbarten Vergütung aus § 615 BGB abzuleiten wäre, indem man Annahmeverzug der Kasse unterstellt.

Grundsätzlich verneint wird der kassenärztliche Anspruch auf Abnahme seiner Dienste auch in OLGE 33, 330 (vgl. KRGR Anm. zu § 611) und bei Hegener[191]. Hegener meint allerdings, durch den Abschluß des Vertrages mit den Versicherten sei ein Anspruch auf Beschäftigung (wohl für diesen einzelnen Fall) entstanden. Dem Abschluß des Vertrages mit den Versicherten (Hegener vertritt die Vorvortragstheorie) entspricht die Wahl eines bestimmten Arztes nach der hier vertretenen Auffassung. Hegener folgert nun offenbar aus dem Verbot des Arztwechsels während derselben Krankheit ein Recht des Arztes auf Behandlung des Dritten. Das ist aber nicht richtig. Es muß auch dem Kassenmitglied stets freistehen, auf die weiteren Dienste des Kassenarztes zu verzichten. Daß es dadurch u. U. sein Recht gegen die Kasse auf Bereitstellung des Arztes verliert, berührt die Tatsache nicht, daß der Arzt gegen den Willen des Kassenmitgliedes zur Leistung weder verpflichtet, noch berechtigt ist. Wenn Hegener dann mit Recht anführt, es stehe dem Privatpatienten, der nicht auf Zeit abgeschlossen hat, eine Kündigung nach § 627 BGB zu, so muß er das auch dem KM zubilligen. Dann können aber dem Kassenarzt im Falle einer Kündigung gemäß § 627 BGB — (oder einer Ablehnung weiterer Dienste seitens des Arztes nach der hier vertretenen Ansicht) — keinesfalls höhere Ansprüche zustehen, als sie dem Arzt gegen den Privatpatienten nach § 628 BGB zustehen würden. Der Arzt bekommt also auf jeden Fall nur das bezahlt, was er bezahlt be-

[191] Hegener a. a. O. S. 86.

kommen hätte, wenn die Behandlung, statt des Abbruchs, durch Eintritt der Heilung im Zeitpunkt des Abbruchs regulär beendet worden wäre.

Grundsätzlich bejaht wird das Recht des Arztes auf Abnahme seiner Dienste von **Fuld**[102]. Fuld übersieht dabei jedoch den Gesichtspunkt der freien Arztwahl. Wenn er am Schluß seiner Ausführungen u. a. schreibt, die Kasse habe kein Recht auf willkürlichen Ausschluß des Arztes von der Beschäftigung, so ist das natürlich etwas anderes, als eine positive Pflicht zur Beschäftigung.

Ein Recht, etwa dem Versicherten zu verbieten, einen bestimmten Arzt zu wählen, besteht nicht, da es, von der Zulässigkeit im Verhältnis zwischen Kasse und Versicherten ganz abgesehen, gegen Treu und Glauben verstoßen würde, einen Arzt zur Bereitschaft für die Versicherten zu verpflichten und diesen gleichzeitig zu verbieten, den Arzt zu wählen. Wie es sich im Falle der **Zuweisung** der Kassenmitglieder an die Aerzte verhält, wurde bereits oben behandelt.

Was nun endlich die Bestimmung in Art. 2 Abs. 4 und Art. 4 des Ausfbest. des RAM vom 14. November 1924 zur VO über Aerzte und Kassen betrifft, wo gesagt ist, daß die Aerzte verpflichtet sind, „ihre Tätigkeit einstweilen zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, die Kassen, die ärztliche Tätigkeit **anzunehmen** und zu vergüten", so kann auch daraus kein Schluß auf das Bestehen einer Annahmepflicht der Kassen gezogen werden. Denn davon abgesehen ,daß es die Befugnisse des RAM übersteigen würde, eine Annahmepflicht, die an sich nicht besteht, durch eine Ausführungsverordnung einzuführen, ist ihm der Wille ,eine solche Annahmepflicht zu statuieren, nicht zu unterstellen. Die fragliche Bestimmung kann vielmehr nur ebenso ausgelegt werden, wie das Verbot der Kündigung nach § 626 BGB, nämlich als ein besonders ausdrückliches Verbot eines Arbeitskampfes. Zwar würde zur Verhinderung einer Aussperrung auch die Festlegung des Weiterbestehens der Vergütungspflicht genügen. Wenn man aber an die Bezahlung nach Einzelleistungen denkt, so wird klar, was der RAN wollte. Er wollte das, was unter normalen Verhältnissen Selbstverständlichkeit ist, nämlich den Ausschluß eines Verbotes an die Versicherten, einzelne, der Kasse etwa besonders unliebsame Aerzte zu wählen, für den vertragslosen Zustand besonders festlegen.

c) Hat die Kasse Pflichten aus § 618 BGB?

Unmittelbare Verpflichtungen der Kasse aus § 618 BGB können bei freier Tätigkeit des Arztes naturgemäß nicht in Betracht kommen. Wohl dagegen mittelbare, indem die Kasse dafür einzustehen hat, daß die Versicherten die Verpflichtungen erfüllen, die

---

[102] **Fuld AV 1914, S. 636.**

ihnen aus § 618 entstehen würden, wenn sie mit dem Arzt einen Privatvertrag abgeschlossen hätten[193].

Ein vertraglicher Ausschluß dieser Haftung für den Versicherten ist durch § 619 BGB ausgeschlossen. Es könnte jedoch sein, daß bei Vorliegen besonderer Verhältnisse die „Erfordernisse eines gesunden und regelrechten Verkehrs[194] mit anderen Augen anzusehen wären. Dann könnte vielleicht angenommen werden, daß der Arzt das Risiko seiner Tätigkeit selbst übernimmt.

d) Hat die Kasse eine Pflicht zu Vorschußleistung und Aufwendungsersatz?

Sofern ein Ausschluß der Vorschußpflicht gemäß § 669 BGB nicht schon aus dem KAV direkt hervorgeht, ist aus der Art der ärztlichen Leistung zu schließen, daß eine solche Pflicht der Kasse nicht in Frage kommt. Der freitätige Kassenarzt muß die zur Ausführung seiner Verpflichtungen erforderlichen Aufwendungen selbst tragen oder zum mindesten, sofern ein Ersatz in Frage kommt, vorschießen. In besonderen Fällen, bei Anwendung teuerer Heilmittel oder Behandlungsmethoden, kann allerdings ausnahmsweise auch eine Vorschußpflicht der Kasse in Betracht kommen.

Eine Anwendung von § 670 BGB wird in der Regel zur Begründung einer Pflicht der Kasse zum Ersatz von Aufwendungen solcher Art, wie sie der Arzt nicht nach der Natur der Sache selbst zu tragen hat, nicht erforderlich sein, da der KAV die Aufwendungen sehr eingehend zu behandeln pflegt. Doch kann auch hier in außergewöhnlichen Fällen an eine Anwendung von § 670 BGB durchaus gedacht werden.

III. Kapitel: Rechtsbeziehungen zwischen Aerzten, Kassen und Kassenmitgliedern außerhalb eines Kassenarztvertrages.

1. Teil: Die Rechtsansprüche eines Nichtkassenarztes aus der Behandlung von Kassenmitgliedern.

a) Die grundsätzliche Nichtberechtigung eines Nichtkassenarztes der Kasse gegenüber?

Aus der Tatsache, daß jemand Kassenmitglied ist, ergibt sich keinerlei Bindung für ihn, nur Kassenärzte zu konsultieren. Jedoch steht, von einem später zu behandelnden Ausnahmefall abgesehen, das Kassenmitglied einem Nichtkassenarzt nur als Privatpatient gegenüber. § 368 RVO bestimmt ausdrücklich, daß die Kasse die Bezahlung anderer „Aerzte" (solcher, mit denen sie keinen Vertrag abgeschlossen hat), von dringenden Fällen abgesehen, ablehnen kann.

Diese Bestimmung ist insoweit eindeutig, als sie sagt, daß es in der Regel die Kasse zu nichts verpflichtet, wenn ein Nichtkassen-

---

[193] Vgl. hierzu auch Hegener a. a. O. S. 75 und dort zitierte Literatur.
[194] Vgl. KRGR Anm. 4 zu § 618 und dort. zit. Entsch.

arzt ein Kassenmitglied behandelt, gleichgültig, ob er weiß, daß es ein Kassenmitglied ist oder nicht.

b) Der Rechtsgrund des Honoraranspruchs eines Nichtkassenarztes in einem „dringenden Falle".

Die **positive** Bedeutung des § 368 RVO und sein Verhältnis zu den einschlägigen Bestimmungen des BGB ist umstritten. **Lutz Richter-Sonnenberg**[195] folgern aus § 368 RVO einen positiven Anspruch auf Vergütung bei Behandlung in einem „dringenden Falle". Diese Folgerung ist mit m. E. nicht berechtigt. Aus der negativen Bedeutung des § 368 RVO ist zu schließen, daß ein bestehender Anspruch vorausgesetzt wird, der durch diesen § ausgeschlossen werden soll. Aus der Verpflichtung der Kasse dem Versicherten gegenüber folgt keinerlei unmittelbare Verpflichtung dem behandelnden Nichtkassenarzt gegenüber. Eine sonstige Gesetzesvorschrift, aus der ein solches Recht des Arztes hervorginge, besteht nicht.

Es besteht nun aber keinerlei Grund zu der Annahme, daß der § 368 RVO durch die Ausnahme, die er für einen „dringenden Fall" bestimmt, mehr begründen wollte, als eine Ausnahme. **Eine positive Begründung eines Rechtsanspruches für einen dringenden Fall ist daher in § 368 RVO nicht zu sehen**[196].

Als Rechtsgrund des allgemeinen bürgerlichen Rechts zur Begründung eines Anspruchs eines Nichtkassenarztes gegen die Kasse kommt nur Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung in Betracht. Denn was Kassenmitglied und Arzt miteinander vereinbart haben, ist für die Kasse gleichgültig, da sie durch eine zwischen zwei Dritten geschlossene Vereinbarung nicht verpflichtet werden kann.

Wenn daher das AG. Halle a. d. S., wie **Ebermayer**[197] berichtet, den Anspruch eines Arztes mit der Begründung abgewiesen hat, daß der Kläger seinen Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung nur herleiten könne, wenn die Uebernahme dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Kasse entsprach, da ein **Fall der Dringlichkeit nicht vorgelegen habe,** so ist diese Begründung sowohl in der Hinsicht falsch, daß sie übersieht, daß § 368 RVO jeden Anspruch ausschließt, wenn Dringlichkeit nicht vorliegt, und weiterhin in der Hinsicht, daß sie annimmt, die Dringlichkeit könne einen Anspruch **selbständig** begründen.

Die Bedeutung von § 368 RVO verkennt auch Oertmann (zitiert bei Ebermayer a. a. O.), wenn er sagt, daß die Kasse hafte, wenn ein Kranker sich **irrtümlich** an einen bei seiner Kasse nicht zugelassenen Arzt wendet. Auch wenn hier ein Bereicherungsanspruch vorläge, begründete ein Irrtum keinen „dringenden Fall",

---

[195] Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 49.

[196] Die Ansicht, daß § 368 auch bei dringenden Fällen keinen selbständigen Verpflichtungsgrund darstellt, vertreten offenbar auch Joachim Korn a. a. O. S. 122 und Lehmann a. a. O. S. 27.

[197] Ebermayer a. a. O. S. 214.

sodaß eben dieser Bereicherungsanspruch durch § 368 RVO ausgeschlossen wäre. Ebermayer bemerkt zutreffend, daß in diesem Falle der Arzt darauf hätte hinweisen müssen, daß er nicht Kassenarzt ist und die Behandlung nur gegen Privathonorar übernimmt. Wenn er den Kranken darüber im Unklaren läßt, obwohl er weiß, daß dieser bei einem Kassenarzt zu sein glaubt, so erhält er mit Recht garnichts. Wenn der Kranke dagegen dem Arzt absichtlich verschweigt, daß er Kassenmitglied ist und kostenlos behandelt sein will, so haftet er für Privathonorar, da er dann mit dem Arzt einen rechtsgültigen Vertrag auf private Behandlung abgeschlossen hat. Seine „reservatio mentalis" kommt dabei nicht in Betracht.

Wenn der Arzt glaubt, es handle sich um einen Privatpatienten, das Kassenmitglied, es handle sich um einen Kassenarzt, so liegt Dissens vor. Ein Vertrag kam nicht zustande. Ein Bereicherungsanspruch gegen das Kassenmitglied ist nicht gegeben, da es durch die Behandlung, die es von der Kasse ersetzt bekommen hätte, nicht bereichert ist.

Die Kasse, die tatsächlich bereichert ist, braucht aber nur zu zahlen, wenn es sich um einen dringenden Fall gehandelt hat. Grundsätzlich wird man jedoch eine Verpflichtung des Kassenmitgliedes, sich bei Beginn einer Behandlung ausdrücklich als solches zu bekennen, annehmen müssen, ganz davon abgesehen, ob die Kassensatzung dies vorschreibt oder nicht. Ein Kassenmitglied, daß diese Verpflichtung verletzt, verpflichtet sich daher zur Zahlung von Privathonorar, auch wenn es nicht vorsätzlich verschwiegen hat, daß es als KM behandelt sein möchte.

c) Die Höhe des Anspruchs des Nichtkassenarztes in einem „dringenden Falle".

Die Frage. ob der Versicherte sich dem Nichtkassenarzt, dessen Dienst er in einem dringenen Falle in Anspruch nimmt, als Kassenmitglied zu erkennen geben muß, **um die Arztkosten auf die Mindestsätze zu beschränken**, ist in einer Entscheidung des Versicherungsamtes Dortmund vom 9. September 1916 behandelt (zitiert bei Ebermayer a. a. O. S. 215). Es ist dort gesagt, jeder Nichtkassenarzt sei grundsätzlich berechtigt, die Behandlung Kranker abzulehnen und könne deshalb auch nicht verpflichtet werden, Kassenmitglieder zu den Sätzen der Preuß. Geb.O. zu behandeln, so lange er sich nicht nach Unterrichtung über die Sachlage zur Uebernahme der Behandlung bereit erklärt habe. Erst dann trete diese Verpflichtung ein. Das ist an sich richtig. Die Krankenkasse ist aber trotzdem nur zur Zahlung der Mindestsätze der Preuß. Geb.O. verpflichtet „soweit nicht besondere Schwierigkeiten der ärztlichen Leistung oder das Mehr an Zeitaufwand einen höheren Satz rechtertigen" (vgl. § 2 der Preuß. Geb.O.) (Hierbei ist natürlich vorausgesetzt, daß die Preuß. Geb.O. gültig ist, soweit ein außerpreußisches Land in Frage kommt.) Wenn daher ein Arzt, der in einem dringenden Fall zur Behandlung eines Kassenmitglie-

des aufgefordert wird, nicht bereit ist, dieses zu den Mindestsätzen zu behaneln, so kann er zwar mit dem Kassenmitglied einen höheren Satz vereinbaren, aber damit nicht die Kasse, sondern nur das Kassenmitglied auf Bezahlung der Differenz zwischen Mindestsätzen und vereinbartem Satz verpflichten. Dabei ist allerdings in Betracht zu ziehen, ob es nicht unsittlich ist, von dem Kassenmitglied ein Sonderhonorar zu verlangen, vor allem wenn dieses sich in einem dringenden Fall in einer Zwangslage befindet (vgl. nächste Seite).

Soweit die Preuß. Geb.-Ordnung in Geltung ist, kommt daher eine Mehrzahlung der Kasse an den Arzt nur dann in Frage, wenn der besondere in § 2 der Geb.O. vorgesehene Fall einer Berechtigung zur Forderung eines höheren Satzes gegeben ist. Eine andere hier nicht zu prüfende Frage ist die, ob die Kasse nicht verpflichtet ist, dem Kassenmitglied die notwendigen Mehraufwendungen für die Aufzahlung an den Arzt zu vergüten.

Jedenfalls ergibt sich aus der reichlich unsicheren Rechtsstellung des Nichtkassenarztes bei Behandlung eines Kassenmitgliedes ,auch wenn es sich um einen dringenden Fall handelt, die Empfehlung für jeden Nichtkassenarzt, sich nach Möglichkeit das Kassenmitglied persönlich zu verpflichten, da er dann wenigstens auf jeden Fall einen Rechtsanspruch gegen dieses hat, ohne dadurch eines Anspruchs gegen die Kasse verlustig zu gehen.

d) Der Begriff des „dringenden Falles".

Was nun die Bedeutung des Begriffs des „dringenden Falles" selbst anbetrifft, so möge hier mit der Anführung der von **Lutz Richter-Sonnenberg**[198] im Anschluß an **Full**[199] formulierten allgemeinen Definition genüge getan sein. Danach liegt ein dringender Fall vor, „wenn dem Leistungsberechtigten nach Lage der Umstände", sei es wegen zeitlicher Unmöglichkeit oder persönlicher Notlage des Kranken, die Inanspruchnahme der dazu bestimmten Aerzte unmöglich ist oder billigerweise nicht zugemutet werden kann". Eine weitere Erörterung dieser Begriffsbestimmung, insbesondere im Hinblick auf die reichhaltige Kasuistik erübrigt sich in Anbetracht der eingehenden Ausführungen, darüber, bei **Lutz Richter-Sonnenberg**[200], **Hegener**[201], **Lehmann**[202], **Full**[203], **Joachim Korn**[204] und insbesondere **Ebermayer**[205].

---

198 **Lutz Richter-Sonnenberg** a. a. O. S. 22/24.
199 **Full** a. a. O.
200 **Lutz Richter-Sonnenberg** a. a. O. S. 24.
201 **Hegener** a. a. O. S. 86/87.
202 **Lehmann** a. a. O. S. 9 und 27.
203 **Full** a. a. O. S. 37.
204 **Joachim Korn** a. a. O. S. 48, 122, 125 ff.
205 **Ebermayer** a. a. O. S. 214, 215, 223, 227, 228, 229.

2. Teil: Die Zulässigkeit von Nebenabreden zwischen Kassenarzt und Kassenpatient.

Aus dem Wesen und Zweck der kassenärztlichen Pflichten ergibt sich, daß es gegen den Vertrag mit der Kasse und gegen die guten Sitten verstoßen würde, wenn sich ein Arzt für das, was er ohnehin auf Grund des Vertrages auf Leistung an einen Dritten zu tun verpflichtet ist, von dem Kassenmitglied noch ein Sonderhonorar bezahlen oder versprechen ließe. Bei **Ebermayer**[206] ist mit Recht die Folgerung gezogen, daß eine solche Handlung eines Arztes ein Grund zur sofortigen Kündigung gemäß § 626 BGB wäre[207].

Anders ist die Sachlage, wenn die besondere Vergütung für besondere **Leistungen** versprochen wird. Dies ist zweifellos insoweit zulässig, als eine außergewöhnliche Leistung gefordert wird, zu der der Arzt auf Grund des KAV nicht verpflichtet ist. Beispielsweise eine sogenannte „Schönheitsoperation", oder die Weiterbehandlung eines Kassenmitgliedes nach Ablauf der satzungsmäßigen Leistungspflicht der Kasse (26 Wochen). So sehen auch die MAV gemäß Ziff. IV IX, Abs. 7, 8 der „Richtlinien" über den allgemeinen Inhalt der Arztverträge" den Fall vor, daß der Kranke dem Arzt die Mehrkosten zu ersetzen hat, wenn ein entfernter wohnender oder ein nicht zuständiger Kassenarzt gerufen wird.

Bestritten ist jedoch die Frage ,ob es auch zulässig ist, daß ein Kassenarzt sich dafür ein Sonderhonorar versprechen läßt, daß er seinerseits verspricht, das KM als **Privatpatienten** zu behandeln. Wenn dagegen Widerspruch erhoben worden ist[208], so ist dies sehr begreiflich. Denn es ist in der Tat nicht unbedenklich, durch die Zulassung einer solchen Abrede gewissenmaßen anzuerkennen, daß der Kasesnpatient ein Patient „zweiter Klasse" sei und nicht mit der möglichen und nötigen Sorgfalt behandelt werde. Aber diesen Bedenken wird andererseits von Ebermayer[209] mit Recht entgegengehalten, daß die Kasse ausdrücklich Beschränkung der Behandlungen auf das „notwendige Maß" vorschreibt (vgl. MAV s. Anm. 17a S. 12). Nur sollte man nicht einen grundsätzlichen Unterschied zwischen Privat- und Kassenpatient sanktionieren, sondern darauf abheben, daß sich der Privatpatient häufig eine über das notwendige Maß hinausgehende, lediglich seiner Beruhigung dienende ärztliche Bemühung versprechen läßt. Bei dieser Auslegung der Sonderabmachung auf Behandlung als Privatpatient kann diese nicht als unsittlich und dem KAV widersprechend bezeichnet werden.

---

[206] Ebermayer a. a. O. S. 213.

[207] Vgl. Lutz Richter-Sonnenberg a. a. O. S. 50. Vgl. auch MAV bei Lutz Richter-Sonnenberg.

[208] So von Schweitzer im ärztl. Vereinsbl. 1916, S. 336, zitiert bei Ebermayer a. a. O. S. 214.

[209] Ebermayer a. a. O. S. 215.

3. Teil: Die Rechtslage bei Irrtum über die Eigenschaft eines Patienten als Kassenmitglied.

a) Bei irrtümlicher Annahme der Kassenmitgliedschaft.

Wenn ein Kassenarzt ein Nichtkassenmitglied behandelt, in dem Glauben, es handle sich um ein Kassenmitglied, so erwirbt er damit keinerlei Anspruch gegen die Kasse. Er hat aber auf jeden Fall einen Anspruch gegen den Patienten; aus unerlaubter Handlung, wenn dieser den Arzt absichtlich getäuscht hat, aus ungerechtfertigter Bereicherung, wenn der Patient sich selbst irriger Weise für ein Kassenmitglied gehalten hat.

Wenn unerlaubte Handlung vorliegt, so kann der Arzt aus diesem Grunde das als Schadenersatz verlangen, was er hätte verlangen können, wenn der Patient sich von vornherein wahrheitsgemäß als Privatpatient bekannt hätte.

Hat der Patient sich selbst geirrt und daher nur für Bereicherung zu haften, so fragt sich, ob der Bereicherungsanspruch des Arztes auf Kassenhonorar oder Privathonorar geht. M. E. ist die Annahme von Ebermayer[210], daß der Patient nur in der Höhe des Kassenhonorars bereichert sei, nicht unbedenklich. Denn der Patient ist um den Wert der Behandlung bereichert, die er normaler Weise als Privatpatient hätte bezahlen müssen. Man kann zu der Annahme Ebermayers also nur kommen, wenn man sagt, die Behandlung sei nur die gewesen, die einem Kassenmitglied zukommt, und diese Behandlung sei eben grundsätzlich eine geringere als die eines Privatpatienten. Dieses grundsätzliche Anerkenntnis einer Minderwertigkeit der Kassenbehandlung ist aber nicht zu billigen. Die Privatbehandlung kann sich ja auch, wenn es sich um einen wenig zahlungskräftigen Patienten handelt, auf das Mindestmaß des Notwendigen beschränken. Die Rechtfertigung der geringeren Bezahlung der einzelnen Leistungen durch die Kasse, die auch die geringsten Privatsätze unterschreitet, ist daher nicht in der relativen Minderwertigkeit dieser Leistungen zu sehen, sondern nur in der großen Zahl der durch die Kasse vermittelten Behandlungsaufträge und in der größeren Sicherheit der Kasse als Schuldner.

Dem vermeintlichen Kassenmitglied ist daher nicht eine Leistung zuteil geworden, die einen geringeren Wert hat, als eine nur das Notwendigste umfassende „billige" Privatbehandlung. Er ist also um das nach geringsten Sätzen berechnete Privathonorar bereichert.

b) Bei irrtümlicher Nichtannahme der Kassenmitgliedschaft.

Wenn der umgekehrte Fall vorliegt, daß ein Kassenarzt ein Kassenmitglied in der Meinung behandelt, er habe einen Privatpatienten vor sich, so erwirbt der Arzt trotzdem den Anspruch auf die normale Gebühr gegen die Kasse. Denn bei seiner Erfüllungshandlung kommt es nur auf seine tatsächliche Leistung an, nicht darauf, was er dabei denkt. Ob er darüber hinaus gegen das

---

[210] Ebermayer a. a. O. S. 218.

Kassenmitglied noch einen besonderen Anspruch auf Aufzahlung der Differenz zwischen Kassen- und Privatgebühr hat, hängt davon ab, wer die Schuld an dem Irrtum trägt.

Schlußwort.

Für die Gestaltung der zukünftigen Entwicklung des kassenärztlichen Vertragsrechts sind zwei entgegengesetzte Tendenzen aus gelegentlich im Schrifttum zu findenden Bemerkungen zu erkennen. Die eine Tendenz, die mehr die rein privatrechtliche Seite erfaßt, geht dahin, dem KAV eine gesetzliche Sonderreglung zu wünschen. Die zweite, die vor allem die öffentlich-rechtliche Seite des Kollektivrechts in Betracht zieht und die in erster Linie von Potthoff vertreten wird, erstrebt eine Eingliederung des Kassenarzrechts in die engeren Normen des Arbeitsrechts, hauptsächlich des Tarifrechts. Beide Tendenzen sind m. E. zu bekämpfen.

Eine gesetzliche Sonderregelung ist grundsätzlich zu verurteilen, da es die Verknöcherung des Rechts und das Ende der Rechtswissenschaft bedeuten würde, wollte man es ihr nicht mehr überlassen, das Recht elastisch zu erhalten und für neue Notwendigkeiten aus sich heraus neue Wege zu finden.

Dies gilt aber nicht so sehr für das öffentliche Recht, da dieses seiner Natur gemäß starrer ist, als das Privatrecht. Deshalb bedeutet es das andere Extrem, das ebenso zu vermeiden ist, wenn man das Recht der Aerzte und Krankenkassen in öffentlich-rechtlicher Hinsicht um einer mechanischen Gleichheit willen den engeren Normen des Arbeitsrechts unterstellen möchte. Der Verfasser glaubt ein Licht darauf geworfen zu haben, daß der kassenärztliche Kollektivvertrag nicht mit einem Tarifvertrag des Arbeitsrechts vollkommen gleichgestellt werden kann und daß es seinen guten Grund hat, wenn für den kassenärztlichen Kollektivvertrag Sonderbestimmungen getroffen sind.

Wenn es dem Verfasser einigermaßen gelungen sein sollte, ein brauchbares rechtliches Rückgrat für die Beziehungen der Aerzte zu Krankenkassen und Versicherten aufzuzeigen, so darf daraus die Berechtigung abgeleitet werden, dem Recht der Kassenärzte eine gradlinige Weiterentwicklung zu wünschen, frei und organisch im Rahmen des Privatrechts, individuell und zweckentsprechend im Rahmen des öffentlichen Rechts.

Lebenslauf.

Ich wurde am 15. Oktober 1904 zu Mannheim als Sohn des Großkaufmanns Hermann Stachelhaus und seiner Ehefrau Else geb. Fünfgeld geboren. Ich besuchte von 1914 bis 1923 das Karl Friedrichs-Gymnasium meiner Vaterstadt. Von 1923 bis 1927 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten zu Heidelberg, Freiburg, München und Heidelberg. Im Frühjahr 1927 bestand ich das Referendarexamen, am 26. Juli 1928 auf Grund dieser Arbeit die Doktorprüfung. Ich befinde mich im badischen Vorbereitungsdienst.

Buchdruckerei E. Bechstein, Inh. Wilh. Hinckel, Wertheim a. M.